

Crim. 1/6a

Kritische
Betrachtungen
über den
Entwurf des Strafgesetzbuches
für die
preussischen Staaten

vom
Jahre 1843

von
J. Fr. H. Abegg,

der Philosophie und der Rechte Doctor, und der letzteren ordentl.
Professor an der königl. Universität zu Breslau, des kön. preussischen
rothen Adler-Ordens vierter Classe und des kön. schwedischen
Nordstern-Ordens Ritter etc.

Erste Abtheilung.

Abegg
Entwurf
d. Strafgesetzbuch
1. 2

Neustadt an der Orla,

Druck und Verlag von Johann Karl Gottfried Wagner.

1844.

326. D.

40 g. braun

Kritische

Beiträge

über den

Entwurf des Strafgesetzbuches

für die

preussischen Staaten

von

Jahre 1813

von

Bayerische

Staatsbibliothek

München

der Philosophie und der Rechte Doctor, und der letzteren ordentl.
Professor an der königl. Universität zu Breslau, des kön. preussischen
rothen Adler-Ordens vierten Classe und des kön. schwedischen
Nordstern-Ordens Ritter etc.

Erste Abtheilung.

Neustadt an der Ahr

Druck und Verlag von Johann Karl Gottlieb Wagner

1844.

V o r w o r t.

Die wissenschaftliche Kritik eines Gesetzentwurfs kann im Verhältnisse zu demselben einen zweifachen Standpunct annehmen. Sie kann die Wissenschaft im engern Sinne als ein nothwendiges Moment neben den anderen, in denen das Recht zum Vorschein kommt, — geltend zu machen suchen und ihren Mafsstab an das Werk legen; sie kann, indem dieselbe als allgemeine auch die anderen Momente in sich begreift, den Begriff, das Wesen und die Forderung des Rechts, welches selbst das Allgemeine ist, zur Grundlage der Beurtheilung eines Ergebnisses der Gesetzgebung machen, welche selbst jene Allgemeinheit und die Verbindung aller Momente und Seiten anzuerkennen und darzulegen hat. Beide Standpuncte müssen nothwendig verbunden werden, oder, da der zweite den ersten in sich enthält, — es darf nicht der erste als ausschließlicher sich behaupten wollen. Es wäre dieß eine Einseitigkeit, die nur theilweise dann gerechtfertigt zu werden ver-

möchte, wenn sich nachweisen liesse, daß der Gesetzentwurf jene Seite außer Betracht gelassen, ihr den nothwendigen Einfluß nicht gestattet, also sich selbst in einer Einseitigkeit gehalten hätte, welche sofort auch bei der Anwendung sich offenbaren müßte. Diefs ist aber so wenig bei dem vorliegenden Entwurfe, als bei denen anderer Länder der Fall, wenn man auch bei der Unterscheidung des volksmäßigen, des politischen und des juristischen s. g. Elements, und bei letzterem in'sbesondere wieder des theoretischen, des legislativen und des praktischen, zugeben muß, daß da oder dort die eine oder andere Seite, gegenüber den übrigen, als die vorherrschende sich erzeige. Aber nur ihre innerste Verbindung in gebührender Anerkennung und zeitgemäßem Ausdrucke vermag der Aufgabe und der Forderung zu entsprechen, — nicht ein Uebergewicht der einen Seite, nicht ein bloß mechanisches Gleichgewicht, sondern die wahrhafte Harmonie, welche in dem innern organischen Zusammenhange und dem gegenseitigen Durchdringen aller Momente gegründet ist. Diefs gilt ebenso für das Gesetzbuch, als für die wissenschaftliche Kritik. Mag, wo sich verschiedene Kräfte zum gemeinsamen hohen Werke vereinigen, bei der Abfassung des Gesetzes, wie bei der Würdigung desselben die Vertretung dieser zwar zu unterscheidenden, aber nicht zu trennenden, Seiten

des Ganzen, — durch deren blofs äufserliche Verbindung nimmermehr ein solches als lebendiges entstehen und bestehen könnte, — verschiedenen Organen und Individuen zufallen; immer muß jener organische Zusammenhang vestgehalten und zum Bewußtseyn gebracht werden. Richtig verstanden kann daher von einer Schranke der Rechtskritik nicht die Rede seyn. Sowie das volksthümliche und das politische Element nicht von Aussen her zu dem rechtlichen hinzutreten, sondern das wahrhafte Recht diese nothwendig mit umfaßt, so müssen sie sich auch bei der Gesetzgebung und bei der Kritik — wäre sie auch nur Rechtskritik — bekunden. Diefs bestätigt denn auch die Erfahrung. In den Erinnerungen der Landtage (nicht blofs in Beziehung auf unsern Entwurf), in den Bemerkungen politischer Schriftsteller, in den Beurtheilungen der theoretischen und praktischen Rechtsgelehrten ist, wie erklärlich auch das gröfsere Hervortreten der besonderen Seite erscheinen möge, doch nirgends auf die andere und deren Mitwirkung Verzicht geleistet, nirgends der allgemeinere Gesichtspunct völlig aufser Acht gelassen worden. Der Wissenschaft kommt es aber zu, dieses Ganze in dem wesentlichen Zusammenhange seiner Glieder oder Seiten (nicht Theile) zu erfassen. Wir geben einen Gegensatz zu dem s. g. Leben nicht zu. Das, worauf es hier ankommt, was

die Quelle für den kunstgemäfs zu behandelnden, nicht erst willkürlich hervorzubringenden Stoff ist, liegt nicht aufserhalb des Rechts und der Wissenschaft desselben. Ein Verkennen der Wahrheit der Sache kann Einzelnen zur Last fallen, aber nicht der Gesetzgebung, der Wissenschaft und der gerechten Anwendung. Was man — bald lobend, bald tadelnd, vorzugsweise den nach irgend einer Kunstbezeichnung unterschiedenen Vertretern des Staates, des Volkes, des Juristenstandes als deren besonderes Gebiet zuerkannt hat, — muß von Allen und vornehmlich von der Wissenschaft in Verbindung anerkannt werden, wenn es auf Recht und Wahrheit und auf die Begründung des geistigen Besitzes derselben ankommt. Die Wissenschaft darf sich nicht auf das Juristische beschränken, — das Recht ist mehr als dieses. Wenn sie und die Gesetzgebung die Bedeutung aller anderen Elemente und die Mitwirkung der Vertreter derselben würdigt, und mit gebührendem Danke anzunehmen hat, was diese für den Zweck des Ganzen beitragen, so geschieht es eben, indem sie das Ganze in dem innern Zusammenhange der dasselbe bildenden Seiten erkennt und Nichts von sich ausschließt oder als ihr fremd betrachtet, was zum Wesen des Gegenstandes gehört. Die, welche ihr eine Beschränkung auf das blofs Juristische auferlegen wollen, verkennen entweder ihre Bedeutung,

oder sie suchen sie herabzusetzen, wenn es nicht etwa Wortstreit und Mißverständniß ist. Solchem muß aber ebenso begegnet werden, als der von irgend einer der hier streitenden Parteien etwa aufgestellten Behauptung, der zu Folge das Recht und die Rechtsgesetzgebung, — deren Bestimmung die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit von jedem der Gerechtigkeit fremden oder widersprechenden Einflüsse ist, — selbst eine Partei ergreifen oder einer solchen dienen sollte!

Die Kritik muß also, wie die Gesetzgebung, sich bestreben, über den Ansichten und Tendenzen der Parteien den höhern Standpunct einzunehmen, von welchem aus es möglich wird, das Allgemeine, das wahre Recht gegen die Einseitigkeit geltend zu machen und zugleich jedem Besondern, wo und so weit es berechtigt ist, sein Recht angedeihen zu lassen. Allerdings muß dann eine Gesetzgebung anders, als ein Werk der Literatur gewürdigt werden, wenigstens theilweise. Letzteres, die individuelle Ansicht, wenn auch mit dem Bestreben der Objectivität, aussprechend, steht neben anderen; der wissenschaftliche Streit ist unvermeidlich und wird der Wahrheit förderlich seyn. Jenes aber will die für jetzt erkannte Wahrheit als Allgemeinheit und mit der Bestimmung der Geltung veststellen, wenn auch nicht für immer, indem die Nothwendigkeit der Fortbildung mit den

Bedingungen derselben sich behauptet, — aber doch für einen nicht ganz schnell vorübergehenden Zeitabschnitt, wo es dann darauf ankommt, den Reichtum der, selbst einer steten Bewegung unterworfenen, Verhältnisse des öffentlichen Lebens aufzunehmen, nach seiner rechtlichen Seite zu bestimmen und zugleich auch für die Anwendung jener Fortbildung den erforderlichen Raum zu gestatten, innerhalb dessen dann, ohne ängstliche Beschränkung des Richters, der den Zusammenhang mit den anderen Elementen anzuerkennen hat, aber auch ohne daß die ihm einzuräumende Freiheit in Willkür ausarte, — es möglich seyn werde, in jedem einzelnen Falle der Gerechtigkeit zu entsprechen. Hört diese Möglichkeit bei den weiteren Fortschritten auf, so daß die Macht der neuen Verhältnisse und Gestaltungen des Volkslebens jene Schranke durchbricht und der Widerspruch des jetzt geforderten und des geschriebenen Rechts hervortritt — (dessen Versöhnung durch den vom Gesetze abweichenden Gerichtsgebrauch, unterstützt durch die Wissenschaft, — wie es die Erfahrung bei dem gemeinen Rechte gelehrt hat, der geringere Mißstand und ein unvermeidlicher ist, durch die Gnade, im Sinne der Gerechtigkeit auch nicht vollständig bewirkt werden kann,) — zeigt sich so die Unanwendbarkeit der Gesetze, die nun ohne innere Berechtigung auch ihre äußere Autorität ver-

lieren oder nur auf Kosten des wahren Rechts der Zeit gewahrt erhalten werden, dann ist der Zeitpunkt vorhanden, wo die Gesetzgebung eine neue Aufgabe sich gestellt sieht, deren mehr oder minder erfolgreiche Lösung allerdings nicht bloß von den Individuen als Vertretern der verschiedenen Richtungen und Elemente, sondern unleugbar auch von der Periode und deren Einflüssen abhängig ist, welche einem solchen Unternehmen in höherem oder geringerem Grade günstig oder auch hinderlich seyn können.

Die Gesetzgebung, wie die Kritik, wird daher von gegebenen Zuständen, Verhältnissen und Bedürfnissen ausgehen müssen. Das Urtheil zunächst über den Geist und Charakter des Entwurfs, dessen Grundlagen wird hiernach und nach der besondern Seite der Auffassung sich bestimmen, — die Verschiedenheit der Ansichten sich geltend machen. Ich ehre jede, auch die entgegengesetzte, wenn sie in redlicher Ueberzeugung, im Streben nach der Wahrheit und in dem Sinne — der hier nothwendig ist — der Gerechtigkeit — ausgesprochen wird. Die Anerkennung, welche ich allen Bestrebungen widme, wenn sie nur treu für das Gute und Rechte und für das Wohl des Vaterlandes und des Volkes erfunden werden, darf ich nach der Gesinnung, die mich bei dieser, wie bei allen meinen Arbeiten leitet, auch und selbst da in Anspruch nehmen, wo das Gelei-

stete nicht überall meinem guten Willen entsprechend erscheinen sollte.

Die Kritik hat sich aber nicht auf jenes Allgemeine zu beschränken. Mag dieses zugestanden oder angefochten werden, — sie darf, um wirksam zu seyn und auf Beachtung rechnen zu können, es nicht verschmähen, in das Besondere und Einzelne einzugehen, sie muß den Entwurf auf seiner eigenen Grundlage, nach den von ihm selbst aufgestellten Principien in seinen einzelnen Bestimmungen prüfen. Die Besorgniß, daß solche genaue Kritik, welche sich sogar auf die Fassung der einzelnen Sätze und die gebrauchten Ausdrücke erstrecke, zuweilen als kleinlich erscheine, darf Den, der es aufrichtig meint, nicht abhalten, auch diesem nothwendigen Geschäfte sich zu unterziehen. Tadelnswerth wäre ein ängstliches Rechten um Untergeordnetes, Gleichgiltiges, was ohne Nachtheil so oder anders gefaßt werden könne, oder ein Beharren an Einzelheiten, während das große Ganze übersehen würde. Sonst aber ist nicht einzusehen, weshalb dem Besondern weniger Sorgfalt zugewendet werden sollte, da erst dadurch auch die Auffassung des Ganzen möglich wird. Nicht bloß Rechtsgelehrte vom Fache, sondern auch ständische Abgeordnete etc. haben bei solchen Gelegenheiten auch die einzelnen Bestimmungen nach Form und Inhalt besprochen, gebilligt oder zu verbessern

gesucht. Und mit Recht. Theils steht das Besondere und Einzelne in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Ganzen, welches sich eben in jenem ausspricht, Theils drücken die einzelnen Sätze und Worte Gedanken aus, die der Richter — solcher wörtlicher Fassung zunächst zu folgen angewiesen — in die Anwendung zu übersetzen hat. Wendet der Gesetzgeber, nicht blofs wegen der allerdings auch ihr Recht behauptenden würdigen und gefälligen Form, sondern vornehmlich wegen der praktischen Bestimmung, — der Fassung der Vorschriften seine höchste Sorgfalt zu, soll dann die wissenschaftliche Beurtheilung nicht dasselbe beobachten? Oder wird, wer die Sache versteht, es bestreiten, dafs ein Ausdruck, eine Bezeichnung, — wie gleichgiltig sie auch auf den ersten Anblick scheinen mögen, — für die Feststellung des Thatbestandes, für die Bemessung und Bestimmung der Strafe von dem erheblichsten Einflusse seien, dafs davon das Urtheil über die wichtigsten Interessen, über Leben, Freiheit, Ehre etc. abhängen, dafs jede Ungenauigkeit oder Undeutlichkeit wenn nicht Gefahr für das Recht — des Staates oder Einzelner, doch mindestens Streitfragen herbeiführe, deren möglichste Vermeidung immer auch eine Aufgabe der Gesetzgebung bleibt?

Noch Manches könnte berührt werden in Betreff der Forderungen, die von verschiedenen Seiten

an die Gesetzgebung und die Kritik gemacht werden, wobei nicht Wenig zu berichtigen wäre. Ich beschränke mich jedoch auf das Angedeutete und versage mir auch hier, von dem Rechte des Schriftstellers Gebrauch zu machen, in dem Vorworte sein subjectives Verhältniß zu dem Gegenstande zu berühren und wie er die Aufgabe erfaßt habe. Ich habe davon so Viel in der Einleitung bemerkt, als die Beziehung auf die Sache selbst fordert. Nur darüber, daß die gegenwärtige Arbeit später erscheint, als ich selbst gewünscht hatte, sei mir erlaubt, einige Worte zu sagen.

Nothwendig hatte ein Werk von so hoher Wichtigkeit und so unverkennbarem Werthe, wie der Entwurf, gleich nach seinem Erscheinen eine lebhaft Theilnahme in Anspruch nehmen müssen. Ich unterwarf dasselbe einer genauern Prüfung, zunächst zu eigner Belehrung. Nachdem es der öffentlichen Besprechung übergeben war, durfte die Erwägung der Unvollkommenheit des Beitrags eines Einzelnen nicht abhalten, durch Mittheilung freimüthiger Erinnerungen den Versuch zu machen, einigermaßen zur Förderung der Sache der Gerechtigkeit mitzuwirken. — Es durften alle Bedenken bei Seite gesetzt, es mußten äußere Schwierigkeiten überwunden werden, wo es für jenen Zweck besondere Pflicht war, eine, sonst bei Gelegenheit der legislativen Er-

scheinungen anderer Staaten bekundete, Theilnahme auch hier zu bethätigen und dadurch zugleich den an mich ergangenen ehrenvollen Aufforderungen zu entsprechen. Diese haben mich vorzüglich ermuntert, die Arbeit in dem Umfange, wie es geschehen, zu der ich — bei vielfachen anderen Berufsgeschäften — nur mit Unterbrechungen und erst gegen Ende des vorigen Jahres kommen konnte, zu übernehmen und auszuführen. Es hätte sonst die Besorgnis, daß nach dem Schlusse der provincialständischen Verhandlungen und nachdem bereits mehrere andere Schriften über den Entwurf erschienen waren, — die ich überall gebührend berücksichtigt habe, — mein Beitrag zu spät kommen möchte, um noch die gewünschte Beachtung zu finden, mich um so eher abhalten können, ihn zu veröffentlichen, als es an anderer höherer Veranlassung, meinen Antheil an den Vorarbeiten der inländischen Gesetzgebung zu bethätigen, mir nicht gefehlt hat und ich, zu Folge meiner Bestrebungen, auch für das Recht der Gegenwart nach Kräften mitzuwirken, nicht genöthigt bin, mich gegen den Vorwurf zu vertheidigen, der den Theoretikern — oft mit Unrecht — gemacht wird, als fühlten sie weniger lebhaftes Interesse für die großen Angelegenheiten und Aufgaben der Zeit und des Vaterlandes. Gegen jene Besorgnis bin ich nach dem Erscheinen der ersten Abtheilung meiner

kritischen Betrachtungen beruhigt worden. So übergebe ich denn mit der zweiten Abtheilung das Ganze in der Hoffnung, daß, was aus guter Gesinnung für die Sache hervorgegangen ist, eine solche Aufnahme bei den Freunden derselben finde, welche um dieser willen auch der Person und Dem, was die Leistung als nur subjective erscheinen lassen sollte, zu Statten kommen möge.

Inhalts-Verzeichniss.

Erste Abtheilung.

Einleitung.	S. 1
Allgemeine Betrachtungen über den Entwurf.	— 56
Erster Theil. Von Verbrechen und Policeivergehen und deren Bestrafung überhaupt.	— 78
Erster Titel. Von Verbrechen.	— 78
Erster Abschn. Von der Anwendung der Strafgesetze.	— 78
Zweiter Abschn. Von Strafen.	— 85
Dritter Abschn. Von dem Vorsatze und von der Fahrlässigkeit.	— 138
Vierter Abschn. Von der Vollendung und dem Ver- suche der Verbrechen.	— 151
Fünfter Abschn. Von den Urhebern eines Verbre- chens und den Theilnehmern.	— 158
Sechster Abschn. Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschliessen oder aufheben.	— 186
Siebenter Abschn. Von der Zumessung, ingleichen von der Milderung und Schärfung der Strafen.	— 227
Zweiter Titel. Von Policeivergehen.	— 248

Zweite Abtheilung.

Zweiter Theil. Von den einzelnen Verbrechen und deren Strafen.	S. 255
Erster Titel. Hochverrath.	— 257
Zweiter Titel. Landesverrath.	— 273
Dritter Titel. Beleidigung der Majestät und der Mit- glieder des königlichen Hauses.	— 278
Vierter Titel. Gefährdung des preussischen Staates in seinen Verhältnissen zu anderen Staaten.	— 285
Fünfter Titel. Verletzung der Achtung gegen die Re- gierung und die Obrigkeit.	— 289
Sechster Titel. Verbrechen gegen die obrigk. Gewalt.	— 294

XVI

Siebenter Titel. Unerlaubte Verbindungen.	S. 313
Achter Titel. Verbrechen gegen die Hohheitsrechte und Regalien.	— 317
Neunter Titel. Verbrechen, welche sich auf die Reli- gion beziehen.	— 320
Zehnter Titel. Meineid und Eidesbruch.	— 329
Elfte Titel. Verletzungen der Ehre.	— 353
Zwölfter Titel. Zweikampf.	— 369
Dreizehnter Titel. Verbrechen wider das Leben und die Gesundheit.	— 378
Erster Abschnitt. Verbrechen wider das Leben.	— 378
Zweiter Abschnitt. Körperverletzungen und Ver- brechen wider die Gesundheit.	— 403
Dritter Abschnitt. Policeiliche Strafvorschriften.	— 406
Vierzehnter Titel. Verbrechen wider die persönliche Freiheit.	— 407
Fünfzehnter Titel. Ueberschreitung und Mißbrauch des Rechtes der Zucht.	— 416
Sechzehnter Titel. Verbrechen wider die Sittlichkeit.	— 417
Siebenzehnter Titel. Diebstahl und Unterschlagung.	— 443
Achtzehnter Titel. Raub und Erpressung.	— 464
Neunzehnter Titel. Betrug und Untreue.	— 474
Zwanzigster Titel. Fälschung.	— 479
Einundzwanzigster Titel. Verbrechen wider Stan- des- und Familienrechte.	— 485
Zweiundzwanzigster Titel. Bankerut.	— 490
Dreiundzwanzigster Titel. Strafbarer Eigennutz.	— 495
Vierundzwanzigster Titel. Eigenthumsbeschädigung.	— 503
Fünfundzwanzigster Titel. Gemeingefährliche Ver- brechen.	— 507
Sechsendzwanzigster Titel. Verbrechen der Ge- werbtreibenden.	— 520
Siebenundzwanzigster Titel. Anmaßung, Er- schleichung oder gesetzwidrige Uebertragung eines Amtes.	— 526
Achtundzwanzigster Titel. Verbrechen der Beamten.	— 529
Neunundzwanzigster Titel. Verbrechen der Geist- lichen.	— 549

Einleitung.

Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für die preussischen Staaten hat in den Verhandlungen der im J. 1843 berufenen Provinzialstände, denen derselbe vorgelegt worden, und nachdem er bald darauf dem größern Publicum durch Veröffentlichung zugänglich geworden war, in öffentlichen Blättern und eignen Schriften bereits so vielfache Beurtheilungen, Widerspruch und Beifall erfahren, daß eine jetzt erst hervortretende Kritik fast überflüssig, oder verspätet erscheinen möchte. Jenes, wenn man fürchten oder vielmehr hoffen müßte, es sei Alles erschöpft, was sich über den Gegenstand bemerken ließe und was Anspruch machen dürfte, von Denen berücksichtigt zu werden, welche, der hohen Wichtigkeit ihres Berufs und ihrer Aufgabe bewußt, es für Pflicht halten, alle nur irgend begründete Erinnerungen zu prüfen, um danach entweder wünschenswerthe Aenderungen zu machen, oder im entgegengesetzten Falle das Beharren an den bereits vorliegenden Vorschlägen um so sicherer zu rechtfertigen. Dieses aber, wenn zu besorgen wäre, es möchte in der nächsten Zeit schon ein endlicher Beschluß gefaßt werden, in Folge dessen die Anerkennung, die man dem bis jetzt Geleisteten widmen, die Genugthuung, mit welcher man die unleugbaren Fortschritte und Verbesserungen aufnehmen müßte, durch das Bedauern gemindert würde, daß nicht alle die Vortheile erlangt seien, welche bei einer andern

Verfahrensweise in Aussicht gestellt werden, nicht der Grad der Vollendung erreicht sei, dessen ein solches Werk und in einem solchen Staate und Lande fähig und bedürftig ist. Ist dieses auch etwas Relatives und unterliegt es der Beschränktheit menschlichen Denkens und Thuns, so wird doch die dadurch gebotene Mäßigung und Ergebung nicht eher am Orte seyn und Billigung verdienen, als bis man an die äußerste Grenze Dessen gelangt ist, was hier mit vereinten Kräften in treuem Sinne geschehen kann und wo man über die Zeit und deren Forderungen nicht hinauszugehen wagt, wie man es auch nicht soll. Aber man darf auch nicht hinter derselben zurückbleiben.

Dürfen wir jedoch der Hoffnung Raum geben, es werden wohlgemeinte Erinnerungen nicht zu spät kommen, um wenigstens in Erwägung gezogen zu werden, so beseitigt sich leichter das Bedenken, mit einer Kritik in einem Zeitpuncte aufzutreten, wo bereits nicht wenige und darunter gewichtige Stimmen sich haben vernehmen lassen. Bei der Verschiedenheit der Standpuncte, von denen die Beurtheilungen des Entwurfes ausgehen, und zwar nicht minder der objectiven, als der subjectiven, wird sich immer noch Stoff zu Bemerkungen darbieten, die entweder noch gar nicht vorgebracht oder doch auf andere Weise begründet sind, als der nachfolgende Mitarbeiter glaubt, daß es geschehen solle. Allerdings ist dann noch vor Allem über die Berechtigung dieser Standpuncte selbst, und in wiefern sie vereint oder nur der eine oder andere zulässig und nothwendig seien, eine höhere Entscheidung zu treffen: aber um so mehr wird es Pflicht, sie sämmtlich zu beachten und keinen von dem Kreise der Betrachtung auszuschließen. Was dann den Inhalt des Vorgebrachten betrifft, so könnte zwar rücksichtlich des Individuums, nicht aber der Sache selbst, der Wahrheit und des Rechts, um die es hier zu thun ist, die Forderung der Neuheit und Originalität gemacht werden. Käme es auf die subjective

Befriedigung an, so würde, davon abgesehen, wie schwierig und bedenklich nicht selten das Streben nach der Erfüllung solcher (angeblicher) Forderungen ist — es zur Rechtfertigung gegen den möglichen Vorwurf, bereits von Andern gemachte Bemerkungen nochmals vorgetragen zu haben, dem Verfasser erlaubt seyn, auf die von ihm gelieferten Kritiken anderer Strafgesetz-Entwürfe, auf die in einer Reihe von Abhandlungen und in größern Werken ausgesprochenen Ansichten sich zu beziehen, die ihm die genugthuende Gelegenheit geboten haben, Manches auszuführen, wovon auch Andere Gebrauch gemacht haben, wenn auch nicht stets, zumal bei Ergebnissen, die als begründet Aufnahme gefunden, der Name genannt wird. Aber die Subjectivität muß hier überhaupt zurücktreten, und zwar, wo alle Theile in dem Eifer für das Gute, der redlichen Bestrebung für ein vaterländisches Unternehmen der höchsten Wichtigkeit, übereinstimmen — eben so sehr von Seiten der Beurtheiler, als Derer, denen ihre Arbeit selbst gewidmet ist. Für die Sache ist es die Wahrheit, nicht die Neuheit, die auf Anerkennung rechnet: eine Wiederholung des Gesagten, eine weitere Begründung desselben, sei dieses dem Inhalte nach eine Einwendung gegen den Entwurf oder eine Rechtfertigung gegen nicht zu billigende Vorwürfe, würde wenigstens den Werth einer Bestätigung, oder Hinzufügung einer Stimme haben können, die neben andern eine Berücksichtigung in Anspruch nehmen zu dürfen glaubt.

Ueber den Standpunct, welchen die Kritik eines Gesetzentwurfes zu nehmen hat, in'sbesondere wenn sie von der s. g. Theorie ausgeht, habe ich mich an einem andern Orte erklärt ¹⁾ und beziehe mich auf das dort Gesagte.

1 *

1) Kritische Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großh. Baden. Altenburg 1837. S. 1 fg.

Es wird indessen, wenigstens zur richtigen Würdigung dieser selbst und ihres Verhältnisses zu den Beiträgen, welche von verschiedenen Seiten zur Beurtheilung des preussischen Entwurfes geliefert sind, nicht unangemessen seyn, noch Einiges der Erörterung der Sache selbst vor auszuschicken. Ich werde mich dabei auf Grundsätze stützen, die ich sonst schon ausgesprochen und bei meinen Arbeiten befolgt habe und die, wenn auch in verschiedner Form und Weise, doch im Wesentlichen auch von Andern dargelegt und anerkannt sind. Man darf zunächst davon ausgehen, daß die Wissenschaft im weitem Sinne, wo sie nicht auf Das sich beschränkt, was man im Gegensatze zu andern Seiten, die der Gegenstand darbietet, die Theorie nennt, alle dem Reiche des Denkens und des Sagens, Werdens und Thuns angehörigen Seiten in sich begreife. Keine steht außerhalb derselben, jede darf und soll sich behaupten und vollständig entwickeln, aber eben darum kann keine die andere verleugnen und sich die ausschließende Berechtigung zuschreiben. Nur unter dieser Voraussetzung lassen wir für unsern Zweck die sonst wohlbegründete und hergebrachte Unterscheidung von Wissenschaft, Gesetzgebung und Anwendung gelten. Die Trennung bezieht sich, wie wohl kaum bezweifelt werden wird, nicht auf die Sache, — das Recht, welches in allen diesen Formen der Inhalt ist, der gewollt und erstrebt wird, sondern auf die verschiedenen Richtungen der Thätigkeit und die durch dieselben bedingte Auffassung. Es ist dann eine nothwendige Folge, daß, wenn eine Seite, hier die Gesetzgebung, hervorgehoben wird, die Einheit sich wiederherstelle, indem nicht nur überhaupt deren Verhältniß zu der Theorie und Praxis eine Bestimmung fordert, sondern jene beiden sich auch als nothwendige Seiten an ihr behaupten.

Die Gesetzgebung, für die Anwendung berechnet, soll die wissenschaftlich erkannte Wahrheit zeitgemäfs und den

Bedürfnissen des Staates und Volkes entsprechend, ausdrücken. Hier bietet sich nun bei der nothwendigen gegenseitigen Durchdringung eine Reihe von Momenten und Gesichtspuncten dar, die wir mehr nur andeuten, als ausführen können. Für's Erste, die praktische Seite macht sich in zweifacher Hinsicht geltend. Ein Mal, und das ist als Zweck das am Nächsten Liegende, — das Gesetz soll angewendet werden und anwendbar seyn im Sinne der Gerechtigkeit, woraus sich von selbst die Forderungen ergeben in Betreff der Form und des Inhaltes, der Deutlichkeit, Bestimmtheit, Vollständigkeit, der Uebereinstimmung mit den Sitten und mit allen den Elementen, auf welchen das Recht als ein volksmäßiges, nicht willkürlich gemachtes, sondern organisch sich bildendes beruht; und, was im Obigen unmittelbar enthalten ist, der Gerechtigkeit, welche in der Gesetzmäßigkeit ihren angemessenen Ausdruck erwartet. Ferner aber kommt das Praktische in Betracht, nicht bloß im Sinne des Anwendbaren, was nunmehr nach dem Gesetze gelten und angewendet werden soll, — sondern auch, indem wir auf die Gegenwart, das zur Zeit noch Geltende und dessen Entstehung blicken, als die bisherige Uebung, welche eine höchst wichtige Quelle auch für jede neue Gesetzgebung ist. Je mehr solche Praxis eine tüchtige, auf wissenschaftlicher Grundlage beruhende ist, um so sicherer wird sie über den engen Kreis einer unmittelbaren Gesetzesanwendung hinausgehen und bei dem Streben, das wahre Recht auf positivem Boden in Ausübung zu bringen, Theils, so weit dieses möglich ist, die Mängel des Gesetzes zu verbessern, die Lücken auszufüllen suchen, Theils diese jeden Falls erkennen und so für die spätere Gesetzgebung die Veranlassung zu den nothwendigen Veränderungen geben und diese, von ihrem Standpuncte aus den Stoff liefernd, vorbereiten helfen. Sie tritt damit zugleich in das theoretische Gebiet, wie die Theorie die aus ihr zu schö-

pfenden Lehren aufnehmen muß; und beide begegnen sich in der Gesetzgebungskunst, von welcher sie nothwendige Theile sind. Diese Praxis ist es vornehmlich, welche kennen lehrt, was sich von den Rechtsforderungen der Zeit in der bestehenden Gesetzgebung anerkannt finde und bewährt erzeige, was nicht bloß schlechthin ausführbar, sondern dem zu verwirklichenden Rechte förderlich sei: sie wird die Lücken und Unvollständigkeiten der bestehenden Gesetze aufdecken, oder deren Unangemessenheit, — möge die letztere ihren Grund entweder in der gleich Anfangs vorhanden gewesenen Fehlerhaftigkeit gehabt haben oder darin liegen, daß die fortgeschrittene Bildung und Gesittung nicht mehr die auf andere Voraussetzungen, einen andern Bildungsstand berechneten Bestimmungen zu ertragen vermag. Die Härte der Gesetze, welche gewisse Handlungen und in einem bestimmten Maße zu Verbrechen stempeln und mit eigenthümlichem Thatbestande normiren, — in einem Gebiete, wo nur sehr Wenig als unwandelbar und keiner Veränderung unterworfen betrachtet werden darf, die Unverhältnißmäßigkeit der Strafen, Theils zu den verpönten Handlungen an sich, Theils, in sofern man diese unter einander vergleicht, noch mehr die Verwerflichkeit gewisser Strafarten und ganz besonders die Ungerechtigkeit, Unzweckmäßigkeit und beziehungsweise die Unausführbarkeit solcher Bestimmungen, die aus einem willkürlich aufgestellten Zwecke hervorgehen, welchen man im zwiefachen Irrthume für Princip und Rechtsgrund ausgegeben und an die Stelle des einzigen, hier nothwendigen und anzuerkennenden — der Gerechtigkeit gesetzt hat — z. B. der Abschreckung in den verschiedenen Formen, in welchen diese vorkommt, — Alles dieses wird sich durch die Anwendung auf unwiderlegliche Weise herausstellen, es muß sich nicht nur Dem fühlbar machen, der davon unmittelbar und als Leidender betroffen wird; es wird nicht minder dem denkenden und fühlenden Prakti-

ker, der die rein menschliche Seite und die wahrhaft rechtliche nicht in der juristischen aufgehen läßt — und ich möchte behaupten, selbst bei Solchen sich dieser Mangel wahrnehmbar machen und ihn, wo er nicht umhin kann, pflichtmäfsig das zu mißbilligende Gesetz aufrecht zu erhalten und anzuwenden, zur Mitleidenschaft heranziehen. So trifft auf ihrem Wege die Anwendung mit einer richtigen wissenschaftlichen Würdigung des Gegenstandes zusammen und beide arbeiten vereint auf das Ziel hin, dessen Verfolgung die Aufgabe der Gesetzgebung ist. Diese aber in ihrer tiefsten Bedeutung — bei der die Willkür entfernt ist, die ihren Stoff nicht macht und erfindet, sondern den geistig erkannten bildet und zur Geltung bringt, diese hat eben so sehr die theoretische Seite des Wissens, als die praktische des Wollens, welche beide untrennbar sich in dem Begriffe der Handlung begegnen. Handlung nämlich ist auch die Gesetzgebung, darum noch in anderem Sinne Praxis, wie sie auf gleiche Weise Theorie ist und diese zur Grundlage hat. Es bedarf nicht der Bemerkung, dafs wir hier den Begriff der Theorie nicht auf die blofse Kenntnifs der bestehenden Gesetze und allenfalls der Weise, wie sie zu Stande gekommen, beschränken, sondern ihn in der vorhin erwähnten weitem Bedeutung der Wissenschaft nehmen, welche auch die Kritik in sich begreift, indem sie, einer Seits den Boden des Gegebenen nicht verlassend, anderer Seits durch dieses nicht gebunden in der Bearbeitung und Fortbildung ihres Stoffes, das Recht im weitesten Sinne enthält, welches in den Gesetzen weder seinen ausschliessenden vollständigen, noch überall entsprechenden Ausdruck findet. Aber es soll dieses für eine bestimmte Zeit so viel als möglich geschehen; namentlich in der unsrigen, deren Bildung und Bedürfnifs es heischt und auch wohl zuläfst, das zum Bewustseyn gebrachte Recht in angemessener Form in Gesetzen auszusprechen. Das Recht mufs als Quelle der Gesetze er-

kannt werden: aber die Gesetze sollen jetzt — und wohlverstanden kann man es zugeben, nicht blofs Rechtsquellen im technischen Sinne, sie sollen Quellen des Rechts, des guten, wahrhaften Rechts seyn! Wenn sich daraus mit Bestimmtheit die Anforderungen an die Gesetzgebung begründen lassen, so wird sich auch ergeben, in welchem Sinne man, ohne Widerspruch gegen die Natur und Bildungsweise des positiven, nationalen Rechts, der Zeit den Beruf, ihre Aufgabe zu lösen, zuerkennen müsse.

Zweitens. Wie die theoretische Seite sich bei der Gesetzgebung behaupte, ist in dem Bisherigen mit angedeutet worden, während deren Verhältnifs zur praktischen selbstständig hier nicht zu erörtern ist, sondern nur mittelbar, nämlich in sofern in Betracht kommt, als die Gesetzgebung das verbindende Mittelglied ist, welches die wissenschaftlich erkannten Wahrheiten für die Anwendung aussprechen soll. Ueber die Giltigkeit dieses Grundsatzes und dafs ein Gesetzbuch, gerade um praktisch zu seyn, auf dem Höhepunkte der Wissenschaft seiner Zeit stehen soll, ist kein Streit. Die Forderung, dafs die Theorie praktisch, dafs die Praxis wissenschaftlich seyn sollte, wird von Allen zugestanden. Aber jener Grundsatz ist in seiner abstracten Allgemeinheit erst einer nähern, durch die concreten Verhältnisse gebotenen Bestimmung bedürftig, und hier betreten wir sofort das Gebiet der Controversen und der Mißverständnisse. Namentlich sind es Theorie und Wissenschaft, die sich vielfache Vorwürfe gefallen lassen müssen. Der nähern Betrachtung kann es nicht entgehen, dafs man jene in sehr verschiedenen Bedeutungen nimmt und danach entweder, rücksichtlich Dessen, was sie für die Anwendung und Behufs derselben für die Gesetzgebung leisten solle, Forderungen aufstellt, deren Nichtbefriedigung ihr nicht zur Last gelegt werden darf, da jene auferhalb ihrer Sphäre liegen, oder, von einer entgegengesetzten Ansicht

ausgehend, ihr jeden Beruf, sich hier neben den andern Elementen thätig und wirksam zu äussern, streitig macht und sie auszuschliessen sucht, da sie nur stören und im besten Falle mindestens Nichts nützen würde. Wie beklagenswerth wäre diefs, sollte es sich wirklich so verhalten! Um solchen Meinungen zu begegnen, mufs ich auf das früher Gesagte zurückkommen, dafs jene Trennungen und Gegensätze nicht in der Sache selbst und dem Gegenstande, sondern in der Richtung der individualen Thätigkeit Statt finden, wo dann eine Einseitigkeit und die Behauptung einer Ausschliesslichkeit wenigstens erklärlich und theilweise unvermeidlich, wenn auch nicht durchgängig nothwendig, vollends gerechtfertigt erscheint. Die Wissenschaft müfste einen andern Inhalt, als den der Wahrheit haben, wenn jener Vorwurf gegründet wäre, oder die Gesetzgebung müfste auf diesen Inhalt Verzicht leisten. Können wir Letzteres nicht annehmen nach den Bestrebungen, für die Gerechtigkeitspflege eben auch die Gerechtigkeit als Stoff, Grund und Zweck anzuerkennen, so würde, was das Erstere betrifft, die sich so nennende Wissenschaft mit ihrem unwahren Inhalte verlassen und als schädlich oder unbrauchbar bei Seite gesetzt werden müssen. Allein es würde dann, da doch die Wahrheit selbst — aller Verkennung unerachtet — besteht und sich geltend machen mufs, diese in irgend einer andern Gestalt ihr Recht behaupten, sei es in einem andern wissenschaftlichen Systeme oder so, dafs sie unmittelbar und ausschliessend in der Gesetzgebung sich offenbarte. Die Sache selbst mit ihren wesentlichen Elementen, aus denen sich jene Begriffsunterschiede entwickeln, kann ja nicht fehlen und es würde daher jener Vorwurf nicht ihr, sondern den Individuen, deren Wissen Stückwerk, deren Thun unvollkommen ist, gemacht werden müssen.

Es liegt nämlich in der Natur der Sache, dafs, sobald von bestimmter Theorie die Rede ist, deren Rich-

tigkeit und Giltigkeit selbst erst eines Beweises bedürfe, indem man sie nicht unmittelbar mit der nur die reine Wahrheit kennenden Wissenschaft für einerlei nehmen kann. Der Ausdruck Theorie wird noch in engerer Bedeutung, in'sbesondere auch in einer solchen gebraucht, wo man ohne logischen Widerspruch und ohne Sprachwidrigkeit sagt, sie sei eine falsche. Unbedenklich kann man von verschiedenen einander entgegenstehenden Theorien sprechen (z. B. über die rechtliche Wirkung der Indicien, über Grund und Zweck der Strafe etc.). Es muß dann zugegeben werden, daß es für die Gesetzgebung nicht angemessen sei, den Streit dieser Theorien in ihr Gebiet aufzunehmen, sowie auch eine Beseitigung desselben durch eine irgendwie getroffene Entscheidung stets mißlich bleibt und der für die Anwendung dadurch bezweckte oder auch erlangte Vortheil nicht selten auf Kosten der Gerechtigkeit und in einer Weise Statt findet, welche den Fortschritten der Wissenschaft den Eingang erschwert, ja unmöglich macht. Jeden Falls hat die Gesetzgebung den Inhalt, den sie nach dem erkannten Bedürfnisse der Zeit vestsetzt, und es hat die Anwendung ihren dadurch gebotenen Stoff nicht ohne die Wissenschaft und nicht außerhalb derselben. Die Wissenschaft ist nicht auf die jetzt vorkommenden Theorien, und noch weniger auf die Theoretiker, als welche etwa deren ausschließende Besitzer wären, beschränkt: aber indem sie, wo diese Voraussetzung zutrifft, ihre Vertreter auch in den Individuen hat, deren unmittelbare und amtliche Beschäftigung zunächst in einer andern bestimmten Richtung sich bekundet, so wird es den Verdiensten derselben keinen Eintrag thun, wenn sie der Wissenschaft in jenem weitern Sinne die Ehre geben, welche weder die Theorie allein, noch die Legislation oder die Praxis für sich in Anspruch nehmen dürfen.

Im Uebrigen ist es gerade die Wissenschaft, welche ihre Grenzen und die Nothwendigkeit des auch im engern

Sinne Positiven kennt: sie weist für die Gesetzgebung darauf hin, dafs, und von welchem Ausgangspuncte an, die Bestimmungen in ihrer Beziehung auf gegebene Verhältnisse und unter Berücksichtigung Dessen, wo die concrete Gestaltung des Gegenstandes ihr Recht behauptet, — ihren Inhalt theilweise von Aussen empfangen, theilweise so modificiren müssen, dafs eine letzte wissenschaftliche Rechtfertigung nur in sofern möglich ist, als eben das hinzutretende politische und das technische Element von ihr als bedingt nothwendig anerkannt werden.

Wird nun verlangt, dafs bei einer neuen Gesetzgebung, vielmehr Codification im Sprachgebrauche unserer Zeit, alle diese Seiten vereint ihre Anerkennung finden, so ist damit, nach der Natur des obwaltenden innern Zusammenhangs derselben, nicht unbedingt die Forderung ausgesprochen, dafs dieses formal und durch die verschiedenen Classen der Rechtsverständigen geschehe, welche jene besonderen Richtungen repräsentiren. Wünschenswerth bleibt es allerdings und wir finden auch, dafs bei den Gesetzentwürfen anderer Staaten nicht blos, wie bei den unsrigen, neben der von selbst bedingten Thätigkeit der für die Gesetzgebung Berufenen auch die Praktiker Theils bei der Redaction mitgearbeitet, Theils zur Vorbereitung des Geschäfts ihre Ansichten, Wünsche und Erfahrungen vorgelegt haben, sondern auch die Vertreter der Wissenschaft im engern Sinne, die Theoretiker, zugezogen worden sind. Es wird sich aber bei der Würdigung des vorliegenden Entwurfs ergeben, dafs das theoretische Element, so weit man demselben hier seine unbestreitbare Berechtigung zugesteht, nicht vermisst werde; mag man, wenn es darauf ankäme, dieses in Form einer Anerkennung, welche der Wissenschaft auch in diesem Gebiete gebührt, oder einer solchen in Betreff Derer aussprechen, denen die Arbeiten in ihren verschiedenen Stadien übertragen worden waren. Für das Erste bedarf es nach Dem,

was über die Geschichte des Entwurfs und überhaupt der legislativen Arbeiten öffentlich bekannt gemacht worden ist ²⁾, keines Beweises: für das Letzte werden sich die Zeugnisse in Verbindung mit der Kritik des Entwurfes darlegen lassen.

Eine solche Vereinigung dieser verschiedenen Seiten und Elemente fordert aber ebenso die vollständige gerechte Kritik; und zwar wird auch bei ihr diese gedoppelte Weise, in der sie sich zeigt, zu erkennen seyn; ein Mal, daß formal in einzelnen Leistungen und in den Beiträgen Einzelner je nach ihrem Standpuncte und ihrem amtlichen Berufe bald die eine, bald die andere Seite vorherrsche, und dann, daß, selbst abgesehen von der Unmöglichkeit, hier eine ausschliessend einseitige Richtung zu behaupten, erst Alles, was vereinte Kräfte zu Tage fördern, in Verbindung diejenige vollständige Würdigung enthalte, welche hier Bedürfnis ist und zu welcher Die aufgefördert sind, denen die wichtige Sache des Rechts am Herzen liegt. Zu solcher möge auch das Folgende als Beitrag betrachtet werden. Ich sage, die Kritiken Einzelner tragen das Gepräge des Standpunctes ihrer Verfasser und werde dies kürzlich zu begründen haben: nicht um die Kritiker selbst zu beurtheilen, sondern weil es für den Gegenstand selbst von Interesse ist, zu sehen, wie sich die theilweise verschiedenen Richtungen im Ergebnisse begegnen und weil es dadurch allein möglich wird, gegen den Entwurf und gegen die Kritiken selbst gerecht zu seyn. Die meinige soll sich nur neben die anderen stellen, aber jenen höhern Gesichtspunct und die unerläßliche Verbindung der scheinbar entgegengesetzten Seiten nicht außer der Berücksichtigung lassen. Der Einzelne kann und darf den Standpunct, der ihm angewiesen ist, nicht verleugnen: aber er muß schon nach meinen

2) Actenmäßige Darstellung der preuss. Gesetzrevision, von dem Staatsminister v. Kamptz. Berlin 1842.

dargelegten Grundsätzen sich in einer Weise erzeugen, welche gegen den Vorwurf sichert, lediglich von Seite der Theorie zu verfahren, da diese, und zwar ganz ihrem Charakter entsprechend, hier eine praktische Aufgabe zu verfolgen hat.

Dies muß stets berücksichtigt werden, auch wenn vorzugsweise das Verhältniß des Entwurfes zur Wissenschaft betrachtet und von dieser aus derselbe geprüft wird. Schon hier möge es erlaubt seyn, auf einen Punct aufmerksam zu machen, der vielfach besprochen worden ist. Man ist einverstanden, daß der Inhalt des Gesetzbuches ein auch wissenschaftlich gerechtfertigter seyn soll: ebenso, daß dasselbe nicht den ganzen Inhalt der Wissenschaft selbst, so weit sie praktische Ergebnisse liefert, aufzunehmen habe. Dagegen sind die Ansichten getheilt über die Bestimmung der Grenze zwischen Dem, was von dem wirklich Anzuwendenden ausdrücklich durch Gesetz ausgesprochen oder der Wissenschaft überlassen werden solle: oder, wie es oft bezeichnet wird, über den Unterschied eines Gesetz- und eines Lehrbuches. Auch bezieht sich diese Meinungsverschiedenheit auf die Form, die mehr oder minder zugleich doctrinale Fassung und das System. Wir werden später Gelegenheit haben, in Verbindung mit andern, für das praktische Ergebniß wichtigen Puncten hierauf zurückzukommen. Indefs darf schon hier, wo von der doctrinalen Seite die Rede ist, die Forderung bemerkt gemacht werden, daß jeden Falls in der Darstellung und Gestaltung des ganzen Inhalts des Gesetzbuches und nicht minder der einzelnen Bestimmungen und Vorschriften die Eigenschaft, die das Gesetz im engeren Sinne haben soll, in kurzen praktischen Sätzen Gebote und Verbote etc. aufzustellen³⁾, es nicht ausschliesse, den Einfluß der Wissenschaft gelten und erkennen zu lassen.

3) L. 7. D. de legibus. Modestinus: „legis virtus est: imperare, vetare, permittere, punire.“

Für die Kritik nun kann man, mit Rücksicht auf Das, was über den Entwurf veröffentlicht worden ist, unterscheiden den doctrinalen, den praktischen und den politischen Standpunct. Nicht als ob irgend ein Werk, so weit meine Kenntniss geht, einen derselben ganz ausschliessend verfolgt hätte; es hat sich nothwendig überall die in dem allgemeinen Begriffe gegründete Verbindung wirksam äussern müssen, auch fehlt es, wenn wir die Classification nach der vorherrschenden Richtung machen, nicht an hinzutretenden andern Gesichtspuncten, unter denen besonders der von dem Verfahren (wie es da oder dort besteht oder wie es beantragt wird) entlehnte Mafsstab der Beurtheilung hervorgehoben zu werden verdient.

Die rein doctrinale Seite ist am Wenigsten in selbstständiger Form vertreten und mag, sofern sie bei den andern Standpuncten die gebührende Berücksichtigung findet, nicht so sehr vermisst werden. Man darf voraussetzen, dass bei den Vorarbeiten nicht unerwogen geblieben sei, was durch die theoretischen Arbeiten auch für die praktischen Zwecke geleistet worden ist. Bei der Kritik vom praktischen Standpuncte aus, wofür vornehmlich eine anerkennenswerthe Thätigkeit sich bekundet hat, lag es nahe, dass Theils das bisher giltige Recht, wie es in den alten Provinzen des Königreichs besteht (Allg. Landrecht Th. II. Tit. 20.), Theils das rheinische Strafgesetzbuch (Code pénal) zum Ausgangs- und Vergleichungspuncte gewählt wurde, während des gemeinen Rechts nur gelegentlich gedacht ist ⁴⁾. Innerhalb eines jeden derselben macht sich

4) Es versteht sich, dass dann das gemeine Recht nach der jetzigen durch Wissenschaft und Anwendung erlangten Ausbildung und nicht, wie es wohl geschehen, lediglich die im J. 1532 erschienene Peinl. G. O. Kaiser Karls V. in Vergleich gezogen werden müsse. Aber auch letztere hat in ihrer einfachen würdigen Fassung, in der Vorsicht, die sich in vielen Bestimmungen zeigt, dem richtigen Tacte, mit dem manche Anweisungen gegeben sind, den Vergleich

der politische Standpunct geltend, der aber noch in einem engern Sinne bei der Beurtheilung von Seiten der Vertheidiger des Code pénal hervortritt, wo dann zugleich das Verhältniß zu der Processordnung, als vornehmlich entscheidend, in Betracht kommt. Formal tritt jener Standpunct auch hervor in den Berathungen und Anfragen der Provinzialstände.

Noch läßt sich hinzufügen der religiöse Standpunct, wie er sich im Allgemeinen geltend macht bei der Frage nach der zu Grunde zu legenden Theorie, in'sbesondere aber bei den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs, welche eine Beziehung zu Religion und Kirche enthalten, wobei dann ferner selbst die Confessionsunterschiede ihren Einfluß äußern. Endlich mag auch der Vollständigkeit halber erwähnt werden, was bei einer Angelegenheit, die alle Gebildeten im Volke interessirt und bei welcher die allgemeine Stimme ein Recht behauptet, in einer Menge von (meist Zeitungs-) Artikeln zur Beherrigung vorgelegt worden ist. Letztes kann nur überhaupt so weit, als es dem Inhalte nach auf einen der vorher bezeichneten Gesichtspuncte zurückzuführen ist, berücksichtigt werden. Ueber jene müssen wir aber einige weitere Bemerkungen machen.

Betrachtet man das Landrecht (so weit es die strafrechtlichen Bestimmungen enthält, von denen hier allein

mit unsern neuern Gesetzgebungen nicht zu scheuen; in'sbesondere ist sie an vielen Orten dem preussischen Landrechte und dem Code pénal unbedingt vorzuziehen. Diejenigen, welche den hergebrachten Vorwurf wiederholen, daß jenes Werk mit Blut geschrieben sei, scheinen dasselbe entweder nicht gründlich gelesen oder den Bildungsstand der Zeit seiner Entstehung übersehen zu haben, für den dasselbe unleugbar ein Fortschritt war. Was die Arten der Todesstrafe betrifft, so darf wenigstens dem Landrechte, und was die Häufigkeit ihrer Androhung anlangt, weder diesem, noch dem Code pénal ein erheblicher Vorzug zugeschrieben werden. Man kann hier an Das denken, was Cic. de Orat. I. 44. sagt.

die Rede ist) als eine Veststellung des damaligen gemeinen Rechts mit den nothwendigen Modificationen, so wird man den richtigen Mafsstab erhalten sowohl für die Erklärung seiner Mängel, als für die Anerkennung des Werthes, der ihm für seine Zeit zugestanden werden muß. Es wird dessen vielfache Unangemessenheit für die jetzigen Verhältnisse und Voraussetzungen sich ergeben, welche man selbst dann nicht bezweifeln könnte, wenn man es für die frühere Periode als ein gelungenes Werk hätte betrachten dürfen. Allein wie sehr auch die Gesinnung, von der aus dasselbe gearbeitet, die Würdigkeit der an die Spitze gestellten Grundsätze Beifall verdienen ⁵⁾, — so läßt sich doch nicht in Abrede stellen, daß es Mängel und Fehler, auch außer den unleugbaren Härten, enthalte, welche gleich im Augenblicke seiner Erscheinung als solche zu tadeln waren und die weder in den damaligen sittlichen, rechtlichen und politischen Verhältnissen, noch in der Beschaffenheit des gemeinen Rechts, wie es sich bis dahin in den preussischen Landen gestaltet hatte, eine Entschuldigung finden. Doch gebietet es die Gerechtigkeit, wenn man über das heutige preussische Strafrecht ein Urtheil fällen will, die Fortbildung nicht außer Erwägung zu lassen, welche dasselbe durch die spätern, das Landrecht modificirenden Gesetze und Verordnungen, durch eine geläuterte Praxis und in neuerer Zeit auch durch die demselben gewidmete wissenschaftliche Thätigkeit erfahren hat ⁶⁾. Es wird

diefs

5) Vergl. meine Bemerkungen über den Charakter der preuss. Strafgesetzgebung angeknüpft an die Einleitung zu Tit. 20. Th. II. des A. L. R. in Hinschius's juristischer Wochenschrift für die preuss. Staaten. 1840. Nr. 3. u. 4. S. 17 fg.

6) Ich habe dieses in mehrern Artikeln über Schriften, die das preuss. Strafrecht behandeln, ausgeführt. Vergl. unter Anderem: Kritische Jahrbücher für Rechtswissenschaft 1838. Heft VI. S. 549 fg. 1839. Heft IV. S. 343 fg. 1841. Heft V. S. 455 fg. 1843. Heft I. S. 40 fg.

dieses von vielen Gegnern übersehen, welche dann in einen ähnlichen Fehler verfallen, wie Die, nach deren Meinung unser gemeines Recht seit drei Jahrhunderten — d. h. seit der Publication der C. C. C. — allen Fortschritten unzugänglich geblieben wäre.

Das Bedürfnis einer Reform ist längst empfunden und von der Regierung ausgesprochen worden ⁷⁾. Selbst Die, welche, dem neuen Entwurfe gegenüber, dem Landrechte den Vorzug einräumen, verkennen die Nothwendigkeit vielfacher Verbesserungen keineswegs, indem sie solche nur eben in dem Entwurfe nicht finden. Auch mag man diesen nicht etwa schon aus dem Grunde für ein unsern Anforderungen mehr entsprechendes Werk erklären, — so daß, selbst wenn er ohne Aenderung verabschiedet werden sollte, — ein erheblicher Fortschritt zum Bessern gemacht wäre, weil dann endlich, z. B. durch Abschaffung qualificirter Vollstreckungsweisen der Todesstrafe etc., Das bei uns eingeführt sei, was in allen andern deutschen Ländern seit mehr als 40 Jahren als gerecht erkannt und verordnet, und worin Frankreich seit mehr als einem halben Jahrhunderte vorausgegangen ist. Es war dieses, was auch in Preussen längst die Aufmerksamkeit auf sich gezogen und in den meisten Fällen der landesherrlichen Gnade Gelegenheit gegeben hat, sich zu bethätigen, wohl das Mindeste, was erwartet werden dürfte: aber so wenig sich darauf, diesem Uebelstande und Unrechte abgeholfen zu haben, die Vorzüge der neuern Gesetzgebung beschränken, so wenig dürfte man sich durch dieses — was auch ohne ganz neue durchgreifende Gesetzbücher zu erreichen war, — allein befriedigt fühlen und die Meinung hegen, es sei das Wichtigste geschehen. Weit tiefer gehen die Forde-

7) Publications-Patent zur Crim.-Ordn. vom 11. Dec. 1805. S. noch meine Geschichte der Strafgesetzgebung etc. der brandenb. preussischen Lande. Berlin 1835. S. 177 fg. 196 fg.

rungen an eine zeitgemäße Redaction des Rechtsstoffes und die Veststellung der geistigen Errungenschaft auf unserem Gebiete, zum Zwecke der Anwendung, der Förderung wahrer Gerechtigkeit, des Schutzes des Staats, des Gemeinwesens und der Einzelnen gegen die Rechtsstörungen und Angriffe, die eine Gegenwirkung Mittels Strafe bedingen, aber auch der Unschuld und des arglosen Handelns, als welche nicht lediglich in dem Verfahren, sondern auch in dem Strafgesetzbuche ihre Gewährleistung zu erwarten berechtigt sind. Die Bestimmung Dessen, was strafbares Unrecht — was Verbrechen oder Vergehen und in welchem Grade es dieses sei, die Aufstellung der allgemeinen leitenden Grundsätze, wobei das politische Moment zwar nothwendig, aber nicht ohne die Gerechtigkeit, als der unbestreitbaren Grundlage, sich geltend machen darf, — diese sind an sich und vermöge ihrer, ich möchte sagen, präjudicialen Eigenschaft von nicht geringerer Wichtigkeit, als die Lösung der schwierigen Aufgabe, ein unsern Sitten und Bedürfnissen entsprechendes System der Strafen und Strafarten und eines richtigen Verhältnisses derselben unter einander und zu den mit Ahndung zu bedrohenden Uebelthaten aufzustellen. Und dieß Alles um so mehr, als hier nicht bloß durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit, nach verständiger Betrachtung der Sache, nicht durch Willkür (selbst in der bessern Bedeutung), sondern nur durch eine umfassende, zwar vom Rechte ausgehende, aber auch die andern mitwirkenden Elemente erkennende Würdigung der Natur der Schuld, des Staats- und Volksbewußtseyns und des dadurch bedingten rechtlichen Bedürfnisses, — das, wenigstens annäherungsweise, erreicht zu werden vermag, was die Aufgabe und der Beruf ist. Man wird mit der Schwierigkeit derselben im Allgemeinen auch die besondere nicht verkennen, jedem dieser Momente, sofern es sich für sich geltend zu machen strebt, zu genügen. Fordert dieß einer Seits zur Nach-

sicht auf, wo jenes nicht völlig erreicht wird, — obschon von den Forderungen des Rechts Nichts nachgelassen werden darf, so wird die Zurückweisung einseitig irgend einem jener Momente entlehnten Ansprüche eben so sehr eine Rechtfertigung finden, als es das Geschäft der Kritik seyn muß, auch solchen Forderungen, die ihre Begrenzung durch das Gesamtinteresse und die alle Momente in sich begreifende Würdigung finden müssen, ihr Maß anzuweisen.

Von diesen Sätzen wird Anwendung zu machen seyn, wenn die weitere Erörterung uns auf die Frage führt, was in'sbesondere für Preussen bezweckt werde?

Während nun der neue Entwurf im Verhältnisse zu dem Landrechte und dem auf Grund desselben fortentwickelten preussischen Strafrechte von der einen Seite mit Lebhaftigkeit angegriffen, von der andern als ein Fortschritt oder, wo dieser nicht zuzugeben, doch als Ausdruck einer bedingten Nothwendigkeit bezeichnet wird, hat derselbe, wo er mit dem in der Rheinprovinz geltenden Code pénal verglichen worden ist, eine übereinstimmend ausgesprochene Mißbilligung erfahren. Es ist hier nicht unsere Aufgabe, über diese Erscheinung eine ausführliche Untersuchung anzustellen; auch ist sie durch die zum Theil bekannt gemachten Verhandlungen für unsere Zwecke entbehrlich. Man darf keinen Anstand nehmen, dem Code pénal, dessen Fassung, Kürze und eines Gesetzes würdige Ausdrucksweise musterhaft genannt werden muß, auch rücksichtlich des Inhalts vielfache Vorzüge zuzugestehen, und zwar nicht bloß, wenn man ihn mit dem Landrechte vergleicht. Richtig aber ist es, daß dessen relativer Werth sich am Meisten ergibt, wenn man ihn — und dieß gilt auch von den übrigen Theilen der französischen Gesetzgebung, welche in den vorübergehend mit Frankreich verbunden gewesenen deutschen Landen eingeführt worden sind, — mit dem Rechtszustande ver-

gleich, der zur Zeit der Publication der jetzt s. g. rheinischen Gesetzbücher vorgefunden wurde. Dieser war aus bekannten Ursachen allerdings in so hohem Grade mangelhaft, daß eine Veränderung, selbst an sich von sehr problematischem Werthe, für eine Verbesserung hätte erachtet werden müssen. Vollends dem Code pénal einen absoluten Werth und Vorzug vor allen neuern deutschen Gesetzgebungen beizulegen, würde ein Verkennen unseres Standes der Rechtsbildung, des allgemeinen Bedürfnisses und der nationalen Bedeutung des Rechts seyn. Ich habe bei Gelegenheit der Beurtheilung einer Schrift, welche die Mängel der rheinpreussischen Gesetzgebung erörtert⁸⁾, geglaubt, den Code pénal gegen mehrere Vorwürfe vertheidigen zu müssen: um so mehr durfte ich aber auch bekennen, daß mir derselbe in vieler Hinsicht — und nicht nur für unsere Zeit, sondern überhaupt, — hinter den Erwartungen stehen geblieben ist, welche man gehegt hat; daß er wesentliche Grundsätze der Gerechtigkeit verletze und Wahrheiten, die längst anerkannt und zum Theil in unsern alten Gesetzgebungen Eingang gefunden haben, unberücksichtigt lasse; ja, daß die so oft und ohne Grund angefochtene Peinliche Gerichts-Ordnung Karls V. mit ihren Vorgängern gerade in Betreff dieser Wahrheiten, welche eben so schlicht und einfach hingestellt als praktisch durchgeführt sind, einen Vorzug behaupte, den ihr kein Kenner streitig macht. Sie bleibt in dieser Hinsicht, wie sie die Grundlage für die spätere einheimische Rechtsbildung im Gebiete des Strafrechts gewesen ist, ein noch unübertroffenes Muster. Ueber Einzelnes, wo man den Code pénal über das Landrecht und über den Entwurf setzt (und mit ihm über die meisten neuern deutschen

8) Grebel: Was der Criminalgesetzgebung in Rheinpreussen am Dringendsten Noth thut. — Kritische Jahrbücher für R.W. 1839. Heft VII. S. 611 fg.

Gesetzgebungen und Entwürfe) läßt sich rechten. Im Ganzen aber kann man vom Gesichtspuncte deutschen Rechts überhaupt nicht so unbedingt in das Lob des erstern übereinstimmen.

In der That ist der grössere oder geringere Werth des materialen Strafrechts, wie es da und dort vestgesetzt erscheint, nicht der Hauptgrund, den man geltend zu machen gesucht hat, um die Unangemessenheit des Entwurfs für das Königreich darzuthun. Vielmehr sind es politische und allerdings höchst beachtenswerthe Rücksichten, die auf das Urtheil ihren Einfluß ausüben. Die Entscheidung wird dann um so schwerer, je weniger auf ein durchgängiges Einverständniß in Betreff der Vordersätze, von denen ausgegangen wird, zu rechnen ist: während man hoffen dürfte, vom wissenschaftlichen und praktischen Standpuncte aus mindestens eine Annäherung zu bewirken. Wer vermöchte es aber in Abrede zu stellen, daß auch die politische Seite ihr Recht auf Beachtung habe? Nicht von den im engern Sinne s. g. politischen Verbrechen und den auf solche sich beziehenden Strafbestimmungen ist die Rede auch nicht von der in der ganzen Gesetzgebung sich bekundenden Criminalpolitik, sondern von Dem, was im weitern Sinne darunter verstanden wird und sich, — so weit es bei der Würdigung des Entwurfs zur Sprache gekommen ist, — hauptsächlich in zweierlei Weise zu erkennen gibt.

Die eine ist die Behauptung, der Entwurf sei auf das im Landrechte enthaltene Strafrecht gegründet, folglich für die Landestheile und den Volksstamm nicht passend, die seit mehr als einem Menschenalter unter dem Einflusse der französischen Gesetzgebung ihr Recht und ihre Rechtsansichten entwickelt hätten. Der hieraus entlehnte Einwand ist ohne Zweifel von hoher Wichtigkeit. Der Streit über die Natur des positiven Rechts und das Verhältniß des Gesetzgebers zu dem nicht willkürlich hervorgebrach-

ten, sondern bereits vorhandenen Rechtsstoffe und über Das, was dessen Aufgabe sei, darf als beigelegt betrachtet werden ⁹⁾. Was man der s. g. historischen Schule gegenüber als philosophisch bezeichnet und angefochten hat, betraf eine nunmehr vorübergegangene Gestaltung der Philosophie und ein unhaltbares Naturrecht, welches zu dem Geschichtlichen und Geltenden sich entweder gleichgiltig verhielt, oder, seine eigne Bedeutung und die des andern auf gleiche Weise verkennend, sich nicht in ein richtiges Verhältniß mit demselben zu setzen vermochte. Die Rechtsphilosophie, welche sich jetzt Anerkennung verschafft, hat nicht nur selbst einen geschichtlichen Charakter, sondern lehrt auch die Nothwendigkeit und wahre Bedeutung des Geschichtlichen und Positiven kennen. Und nicht minder muß in der wahrhaft historischen Auffassung des Rechts dieser tiefere philosophische Gehalt geachtet werden. Eben darum wird das Recht, auch wie es durch eine neue Gesetzgebung fortgebildet und ausgesprochen wird, ein volksmäßiges auf geschichtlicher Grundlage seyn müssen, ein organisches Gebilde aus Elementen, die ihre Anerkennung gerade da fordern, wo sich die Technik des Stoffes bemächtigt. Wendet man aber diesen von den Gegnern anerkannten Grundsatz, wenn er auch nicht überall mit gleicher Bestimmtheit ausgesprochen ist, auf die Frage nach einer für das ganze Königreich bestimmten Gesetzgebung an, so würde man zunächst zu dem Ergebnisse kommen, daß die Einführung des Landrechts (II. 20.) — wenn man sie je beabsichtigt hätte, dort so wenig gerechtfertigt wäre, als etwa umgekehrt diejenige des Code pénal in den übrigen Theilen des Königreichs. Es würde aber daraus allein noch Nichts gegen einen neuen Entwurf folgen, selbst wenn dieser das Landrecht zur Grundlage

9) v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts. Bd. I. 1840. Vorrede S. XIII.

hätte. Man muß aber weiter zurückgehen. Ist die französische Gesetzgebung eine nationale in dem Sinne, wo sie durch den Geist des Volkes dessen Rechtsanschauung und Zustände bedingt, einen Charakter und eine Eigenthümlichkeit hat, welche von der deutschen Sitte und Volksthümlichkeit und Allem, was dieser ihr eigenthümliches Gepräge verleiht, abweicht, so mußte die Einführung des französischen Rechts in deutschen Ländern für eine — unter den damaligen Verhältnissen unabwendbare, aber betrübende Nothwendigkeit gehalten werden. Das Mißverhältniß mußte um so mehr hervortreten in einer Zeit, die jetzt schon fast drei Mal so groß ist, als die Dauer der Fremdherrschaft, wo diese Landestheile, wieder mit Deutschland vereinigt, die Fortdauer ihrer Gesetzgebung unter ganz anderen organischen Umgebungen und in einer Weise erfuhren, wo sich jene als ein fremdes, mit den übrigen Principien der Regierung und den vielfachen neuen Gestaltungen des öffentlichen Lebens oft schwer zu vereinigendes Element erzeugte. Unsere Brüder am Rheine waren niemals Franzosen und sind jetzt in jeder Hinsicht Deutsche, in Sitte, Denkart und Handlungsweise. Ist aber Jenes nicht der Fall, trägt das französische Strafrecht nicht das Gepräge einer uns fremden Nationalität, ist sein Inhalt und seine Form — allgemeiner Art — Ergebniß einer Bildung der Zeit, die in ihrer Grundlage und ihren Folgen nicht auf die Landesgrenzen und die Volksindividualität beschränkt bleibt, so läßt sich zwar erklären, wie man sich mit dieser Gesetzgebung befreunden und sie als ein theures Kleinod bewahren konnte, unerachtet sie dann doch — zu Folge dieses allgemeinen Charakters — auch keine deutsche ist. Aber dann würde um so weniger ein Hinderniß gefunden werden, — für das ganze Königreich, dessen Einwohner, — obschon nicht in allen Provinzen auf ganz gleicher Bildungsstufe, doch auch nicht auf so verschiedenen stehen, daß sie besondere Strafgesetzge-

bungen bedürften, — ein Gesetzbuch einzuführen, welches auf jener, nicht bloß dort, sondern auch hier und in andern deutschen Ländern anerkannten Grundlage — das Allgemeine vestsetzte und auf eine Weise durchführte, welche dem deutschen Geiste, dem preussischen Principe in'sbesondere, entspräche. Die Einheit des Staats muß sich auch in diesem Gebiete des Rechts behaupten und zum Bewußtseyn seiner Glieder gebracht werden. Mag man den Entwurf, wie er vorliegt, nicht für das Werk halten, dem es gelungen sei, dieser Aufgabe zu entsprechen. Allein dieß würde an sich so wenig gegen den Plan geltend gemacht werden können, als die Behauptung, der Entwurf beruhe auf den alten landrechtlichen Bestimmungen. Wir vermögen die Richtigkeit dieser Behauptung in dem Umfange, wie sie vorgebracht worden ist, nicht zuzugeben. Was mit dem Landrechte und dessen Grundsätzen übereinstimmt, betrifft mit wenigen Ausnahmen solche Punkte, die dieses, selbst auf gemeinrechtlicher Grundlage beruhend, auch mit andern deutschen Gesetzgebungen gemein hatte ¹⁰⁾. Das Meiste aber beruht auf Ansichten unserer Zeit, wenn auch nicht überall im Gebiete der Streitfragen die richtige und treffende Entscheidung erfolgt seyn mag: es ist eine ohnehin wünschenswerthe Uebereinstimmung in der Hauptsache mit den neuern Gesetzgebungen anderer deutschen Länder erstrebt worden und — ohne jetzt das Verhältniß des Entwurfes zu diesen näher berühren und ein Urtheil im Allgemeinen abgeben zu wollen (wozu vielmehr die Betrachtung der einzelnen Bestimmungen Veranlassung bieten wird), dürfen wir doch behaupten, daß das bisherige Recht keineswegs im größern Mafse die Grundlage des Entwurfes sei, als es die vom Gesetzgeber anzuerkennende innere Nothwendigkeit fordert, die selbst schon wieder über die Beschränktheit

10) Vergl. oben Note 5. und 6.

des blofs preussischen Rechts dem Inhalte nach hinausgeht. Darum aber, dafs sich dieser formal als solches Landesrecht erzeugt, verändert er nicht seine wesentlich allgemeine Natur. Es bedarf hier nicht einer Aufzählung der wesentlichen Verschiedenheiten, die in jeder Hinsicht zwischen den Principien und Satzungen des Landrechts und denen des Entwurfes obwalten. Aber man wird nicht nur bei näherer Betrachtung finden, dafs sich der Entwurf allen anderen Gesetzgebungen unserer Zeit mehr anschliesse, als der bisherigen inländischen, sondern sogar theilweise der Ansicht Derer beitreten dürfen, dafs der Entwurf mehr als nöthig erscheint, die frühern Grundsätze aufzugeben und nicht selten Abweichungen enthalte, welche keineswegs für Verbesserungen zu achten seien. Dafs auch der Code pénal nicht selten als Muster gedient habe, wird man eben so wenig verkennen, als dafs dieses nicht überall so geschehen, wie es zu wünschen ist. Sollte aber ein Strafgesetzbuch für das ganze Königreich ausgearbeitet werden, so kann, wo es sich um wesentliche Unterschiede handelt, weder die eine noch die andere Gesetzgebung die einzige Grundlage seyn, noch eine Vereinigung beider — selbst wenn solche mit Erfolg ausführbar wäre, für eine glückliche Lösung der Aufgabe erachtet werden. Das Gemeinsame müssen vielmehr Theils die Allgemeinheit der überall anerkannten Grundsätze der Gerechtigkeit, ferner die jetzigen Ergebnisse der Wissenschaft und Erfahrung, unsere ganze Bildung, Theils mit dieser das Volksthümliche, die deutsche Rechtssitte darbieten. Und diefs ist ohne Zweifel wenigstens der Gedanke, der die Arbeit bestimmt hat, wie man auch über deren Werth urtheilen möge. Hier- nach liegt es nicht ausser dem Gebiete der Möglichkeit, ein Strafgesetzbuch für ein grosses deutsches Land auf der Höhe der Zeitbildung zu bearbeiten. Sollten wirklich erhebliche Unterschiede der Bildung Statt finden, so müfste wohl der höchste Mafsstab angenommen, es müfsten die

niedriger Stehenden zu den Andern erhoben, nicht diese um Jener willen herabgesetzt werden. Von solchen Unterschieden, sofern sie so bedeutend wären, um auf die Gesetzgebung einen Einfluss auszuüben, als welche für alle Theile des Landes nicht eine gleiche seyn könnte, läßt sich aber gar nicht sprechen. Weder unsere Provinzen, noch die deutschen Lande unter einander sind so eng begrenzt (und gleichsam hermetisch verschlossen) im Verkehr, geselligen Verhältnissen und den dadurch bedingten Folgen, daß sich ein durchgängiger Particularismus geltend zu machen vermöchte. Freizügigkeit, Ein- und Auswanderung etc. lassen es jetzt nicht mehr, wie früher, zu, ein ganz eigenthümlich nationales Gepräge für die einzelnen Provinzen zu erkennen, die ohnehin — mit theilweiser Ausnahme Derer, wo das slavische Princip waltet — auf dem gemeinsamen Boden germanischer Gesittung stehen. Jene Unterschiede der Bildung sind vielmehr nicht in dem Gegensatze der Provinzen, sondern innerhalb jeder einzelnen und aller in'sgesammt, in den verschiedenen Ständen und Volksclassen und selbst da weniger durchgreifend, als in den Individuen sichtbar. Nicht bei allen Arten der Gesetzesübertretungen werden sich aber diese wirksam erzeugen, nicht bei allen Arten der Bestrafung werden diese nach dem Grundsätze der Gerechtigkeit in Betracht kommen dürfen: wo aber die Gerechtigkeit gebietet, dieselben entweder bei der Beurtheilung, der Zurechnung und Strafzumessung oder bei der Wahl der Strafarten zu berücksichtigen, — und daß eine solche Forderung gerade zu Folge des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze und ohne Widerspruch mit demselben bestehe, läßt sich nicht in Abrede stellen, da muß das Gesetzbuch die entsprechenden Bestimmungen aufstellen. Auf solche Weise wird auch den nationalen oder provinzialen Ansprüchen in diesem Gebiete genügt werden können. Ohnehin, wo das Gesetz seine örtliche Giltigkeit hat, es möge diese auf eine Provinz be-

schränkt oder auf sämtliche erstreckt seyn, da muß es zur Anwendung kommen gegen Jeden, der hier ein Verbrechen verübt und hier gerichtlich zur Verantwortung gezogen wird. Nur seine Schuld und somit seine Individualität, sofern deren Würdigung durch die Gerechtigkeit geboten wird, kommt dann in Betracht, nicht der Anspruch, den er im Allgemeinen als Angehöriger z. B. einer angeblich auf höherer Bildungsstufe stehenden Provinz machen möchte. Außerdem müßte man entweder in jedem Gerichte, mit Rücksicht auf die Landsmannschaft des Angeeschuldigten, besondere, bald härtere, bald gelindere Gesetze und Principien anwenden, was eben so unzulässig und ungerecht als unausführbar wäre, oder man müßte überhaupt die Strafgesetze als vornehmlich für Die berechnet betrachten, die zu Folge wahrer Bildung und Sittlichkeit ihnen gar nicht oder doch nur in den seltensten Fällen verfallen. Wir verkennen nicht, was an obiger Forderung gegründet ist und verlieren die möglichen Einwendungen nicht aus dem Auge, aber es kann dieses dennoch nicht ein anderes Ergebniss herbeiführen.

Von bei Weitem größserer Bedeutung ist der Einwand gegen den Entwurf, welcher aus dem nothwendigen Zusammenhange des Strafrechts mit dem Strafverfahren hergenommen wird, oder, wie man es weniger angemessen bezeichnet, des materialen und des formalen Rechts. Denn der Proceß beruht nicht bloß auf letzterem und ist jeden Falls, da erst durch ihn das materiale Recht in die Erscheinung und Wirksamkeit tritt, zugleich eine Quelle des materialen Rechts, für den besondern Fall ¹¹⁾. Und wenn man das gerichtlich ausgesprochene Recht das formale Recht nennt, so hat dieß einen andern

11) Vergl. meine Abh.: „Bemerkungen über das Verhältniß des formalen zu dem materialen Rechte im preuss. bürgerl. Processe;“ in Hinschius's angef. Wochenschr. 1839. Nr. 43. 44. S. 365 fg.

Sinn. Solches formale Recht ist dann — selbst ein Rechtsinhalt, welcher als Folge des Verfahrens sich mit rechtlicher Nothwendigkeit ergibt und zu unterscheiden von Form, Gang und Regel des Verfahrens, welche, unerachtet der dabei nothwendig zu berücksichtigenden Förmlichkeiten, doch etwas Anderes sind, als formales Recht.

Es ist nöthig, dieses gelegentlich zu erinnern, um Missverständnissen zu begegnen, welche sich an jene Unterscheidung knüpfen, von welcher man übrigens mit Recht — da die Sache und nicht die Bezeichnung entscheidet — praktische Folgen ableitet.

Was aber die Sache selbst betrifft, so wird es nothwendig für den Zweck der weitem Betrachtung, den allgemeinem Standpunct und den besondern, von welchem aus vornehmlich die unter dem Einflusse der französischen Gesetzgebung Lebenden den Entwurf angreifen, zu unterscheiden. Zunächst sollte zwar, dem bisher befolgten Plane zu Folge, nur von dem letztern die Rede seyn; allein auch der erstere — auf den wir später zurückkommen, wird passend schon hier beleuchtet.

Die Strafgesetzgebung soll ein organisches Ganze seyn. Es wird daher bei der nahen Verbindung des Strafrechts und des Verfahrens bei der gegenseitigen Beziehung beider um so mehr gefordert werden, dafs die Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen mit derjenigen über das Verfahren in Uebereinstimmung gebracht werde, je mehr man einverstanden ist, dafs hier ein anzuerkennender innerer Zusammenhang bestehe und dafs Das, was man mit der erwähnten, nicht ganz treffenden Beziehung für lediglich formales Recht ausgibt, mehr als blofs dieses sei. Die Ansichten sind nun darüber getheilt, ob beiderlei Gesetzgebung zugleich zur Berathung gebracht und eingeführt, oder, wenn dieses nicht der Fall ist, mit welcher der Anfang gemacht werden solle. Auch das Verfahren der Staatsregierungen ist hier nicht überall gleich gewesen.

So ist, um mit Dem zu beginnen, was uns am Nächsten liegt, durch die Einführung des preussischen Landrechts zwar das materiale Strafrecht nun bestimmt, daneben aber die ältere Proceßgesetzgebung v. 1. März 1717 beibehalten worden ¹²⁾. Die Schwierigkeiten, welche dadurch entstanden, die Mängel, welche sich in der Praxis fühlbar machten, hatten ihren Grund jedoch nicht an sich in dem Umstande, daß nicht sofort eine umfassendere Gesetzgebung Statt gefunden, sondern sie wurden hauptsächlich durch das Mißverhältniß herbeigeführt, in welchem eine fast ein Jahrhundert alte Proceßordnung nicht nur zu dem Strafrechte, sondern auch zu der Praxis des Verfahrens stand, welche letztere sich in einer Periode bildete, die, überhaupt reich an neuen Gestaltungen, ganz besonders in diesem Gebiete, Anforderungen der Zeit und Gesittung gemäß aufstellte, denen man nachher durch eine verbesserte Criminalordnung zu entsprechen suchte ¹³⁾. Als diese, die somit dem materialen Rechte bedeutend später folgte, eingeführt wurde, kündigte sie sich selbst als den ersten Theil des zu revidirenden Strafrechts an, „welches als ein Ganzes anzusehen und unter dem Titel: „„Allgemeines Criminalrecht für die preussischen Staaten““ abgedruckt werden sollte, — wovon die Criminalordnung den ersten, die Strafgesetze aber den zweiten Theil ausmachen sollen.“ Der jetzige Strafgesetzentwurf könnte zwar als Ergebniß des, seit langer Zeit gehegten und nach mehrfachen Unterbrechungen wieder aufgenommenen Planes der Ausarbeitung dieses zweiten Theiles, betrachtet werden. Allein es ist bekannt, daß jetzt, wo ohnehin Projecte für das Verfahren vorgelegt, zurückgenommen und

12) Meine angef. Geschichte d. preuss. Strafgesetzgeb. S. 81 fg.

13) Patent wegen Publication der neuen Criminal-Ordnung vom 11. Dec. 1805. Vergl. meine angef. Gesch. der preuss. Strafgesetzgeb. S. 197.

ein neuer in Aussicht gestellt worden, — die ganze Strafgesetzgebung als Folge neuer und auf dies Gebiet sich nicht beschränkender Entschliessungen zu betrachten sei.

Wenn nun unerachtet des nicht zu bezweifelnden Zusammenhangs von Strafrecht und Verfahren ¹⁴⁾ bei uns — zwar nicht ohne Schwierigkeiten, aber doch nicht auf Kosten der Gerechtigkeit, die Rechtsanwendung nach einem Verfahren erfolgte und noch erfolgt, welches nicht zu gleicher Zeit mit dem Strafrechte, sondern beziehungsweise bedeutend früher oder später angeordnet worden ist, so muß es dafür einen tiefern Grund geben, da wir mit der Annahme eines innern und äufsern Zusammenhangs nicht diejenige eines nur zufälligen Zusammenpassens vereinigen können oder dürfen. Dieser Grund liegt aber darin, daß in den wesentlichen Principien und Formen des Verfahrens, wie es in den deutschen Ländern sich gebildet hatte und angenommen war, durch jene Gesetzgebungen Nichts geändert worden ist. Weder die Verbesserungen, welche im eigentlichen Strafrechte Eingang fanden, noch die Fortschritte, welche das Verfahren gemacht hatte und welche nun durch die Gesetzgebung in dem einen und andern Theile fixirt wurden, erfuhren ein Hinderniß, sie in die Anwendung zu bringen; ohnehin mußte — besonders in unserem Verfahren — der bessern Praxis die Möglichkeit zugestanden werden, Manches näher nach Bedürfniß zu gestalten, zu modificiren, da uns bisher eine solche Herrschaft der Form, der nicht selten das Wesen, welches gerettet werden soll, zum Opfer gebracht wird, fremd war. Das Streben nach materialer Wahrheit, die vorzugsweise Behauptung der Grundsätze der Gerechtigkeit gegenüber den politischen Rücksichten, die sich hier nicht

14) Meine Abhandl. über die Frage: „In wiefern rechtfertigt sich eine von dem Strafrechte getrennte wissenschaftliche Darstellung des strafrechtlichen Verfahrens?“ im Archive des Criminalr. J. 1839. S. 418 fg. 507 fg.

selten in zu weitem Umfange geltend zu machen suchen, hat stets den einheimischen Proceß charakterisirt; die Mängel, die sich nicht leugnen lassen, sind nicht lediglich in dem Verfahren gegründet, sondern fallen zum grofsen Theil auch den Individuen zur Last ¹⁵⁾).

In Baiern ist im J. 1812 zugleich die neue Straf- und die Strafproceßgesetzgebung in Wirksamkeit getreten. Der nähere Zusammenhang tritt vornehmlich hervor in der Unterscheidung der Verbrechen und Vergehen und der für die eine und die andere Classe der Gesetzverletzungen angeordneten Spruchbehörden, der Criminal- und Civil-Strafgerichte, welche hier mit einer geringern Anzahl von Richtern besetzt sind, als dort. Die Uebelstände, die sich bald in der Praxis zeigten, gründeten sich nicht auf eine Unangemessenheit des Strafrechts und des Processes, — denn gerade in dem Punkte, welcher Gegenstand des Angriffs war (und einen jetzt noch nicht beigelegten Streit erregt hat, da dieselben Fragen fast in jedem Lande neuer Codification wieder zur Sprache kommen), findet ein gehöriges gegenseitiges Entsprechen Statt: sie lagen vielmehr in der für beide gemeinschaftlichen Voraussetzung einer Trennung der Uebelthaten, welche, obschon zum Theil durch die allgemeine Volksansicht und die Sprache unterstützt, doch eine so willkürliche Grenzbestimmung nicht zulassen, wie sie dort beliebt worden war ¹⁶⁾. Man kann demnach aus jener Erfahrung keinen Schluss in Betreff der aufgeworfenen Frage, weder für, noch gegen, machen. Jeden Falls liefs sich Nichts gegen die Verbindung beider Theile in einem und demselben Werke erinnern; diese wird niemals schaden: nur läfst sich nicht

15) Meine Beiträge zur Strafproceß-Gesetzgebung. Neustadt a. d. O. 1841. S. 11 fg. und meine Abh. in den krit. Jahrb. für R.W. 1842. Heft VIII. S. 673 fg.

16) Vergl. Mittermaier: die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung. Erster Beitrag. 1841. S. 18 fg. 25. 204.

behaupten, daß eine andere Weise nothwendig nachtheilig seyn müsse, sofern nur die in verschiedener Zeit verabschiedeten Werke, auf gleichen Principien beruhend, mit einander im Einklange und nicht im Widerspruche stehen. So finden wir denn in der That, daß in den letzten Jahrzehenden meist beide Theile in verschiedener Zeit bearbeitet und eingeführt sind, ja der eine in Kraft getreten ist, während der andere seine letzte Redaction noch erwartet. Mit welchem zu beginnen sei, entscheidet das Bedürfnis, welches in allen deutschen Ländern überwiegend dafür sprach, mit den Reformen im Gebiete des eigentlichen Strafrechts den Anfang zu machen, unerachtet man die Nothwendigkeit einer verbesserten Proceßgesetzgebung nicht verkannte; eine Nothwendigkeit, die sich aber, als schleunige Berücksichtigung fordernd, um so weniger gebieterisch erwies, je weniger man damals zweifelte, daß es sich nur um Reform des bisherigen Verfahrens auf seinen Grundlagen und nach seinen als wesentlich anerkannten Bestandtheilen und Bestimmungen nicht um Aufnahme eines, von entgegengesetzten Principien und dadurch bedingten neuen Formen ausgehenden, Verfahrens handelte. So sind, um nur einige Beispiele anzuführen, in den Königreichen Sachsen am 30. März 1838, Württemberg am 1. März 1839, im Großherz. Weimar am 5. April 1839, im Herzogth. Braunschweig am 1. Oct. 1840, im Königr. Hannover am 1. Nov. 1840, im Herzogth. Sachsen-Altenburg am 3. Mai 1841, im Großherzogth. Hessen und bei Rhein am 1. April 1842 unter Beibehaltung der bisherigen Verfahrensweise neue Strafgesetzbücher in Kraft getreten, ohne daß sich ein praktischer Nachtheil ergeben, vollends das Bedürfnis einer Rückkehr zum frühern Zustande gezeigt hätte. Allerdings werden hier überall auch neue Proceßgesetzgebungen beabsichtigt. Allein bei dem dringenden Bedürfnisse, den Gebrechen des Strafrechts abzuhefen, war es gewis

gewiß zu billigen, diese Hilfe nicht so lange auszusetzen, bis die neuen Entwürfe über das Verfahren vorgelegt und berathen werden könnten. Bei diesem nämlich kann man nicht so leicht ein Einverständniß über die Weise der für nöthig erkannten Verbesserung erwarten, wie bei dem Strafrechte. Obgleich es zu vermuthen und zu wünschen ist, daß ein öffentliches mündliches Verfahren und was mit diesem als contradictorischem zusammenhängt, eingeführt werde, so sind doch die Ansichten noch zur Zeit sehr getheilt. Unter den Staatsmännern, den praktischen und theoretischen Juristen, sind für die eine und die andere der Einrichtungen, welche hier einander entgegengesetzt werden, sehr gewichtige Auctoritäten zu nennen, und die Entscheidung dürfte möglicher Weise noch lange auf sich warten lassen ¹⁷⁾, — zumal da die Frage nicht wohl für den Strafproceß allein, sondern zugleich für das bürgerliche Rechtsverfahren beantwortet werden zu müssen scheint, da es nicht glaubhaft und nicht rathsam ist, für das eine und das andere Verfahren verschiedene Grundsätze hinsichtlich jener Formen aufzustellen. Es würde, besonders nach den vorliegenden Erfahrungen, schwerlich gebilligt werden können, wenn man, Statt möglichst bald die gerechten Erwartungen durch eine zeitgemäße Strafgesetzgebung zu befriedigen, das Zustandebringen dersel-

17) Der im Königreiche Sachsen vorgelegte, auf der bisherigen Grundlage ausgearbeitete Entwurf ist bekanntlich im J. 1843 von der Regierung zurückgezogen worden. Vergl. darüber: „Oeffentlichkeit, Mündlichkeit, Anklageproceß, Geschwornengerichte. Eine systematische Zusammenstellung aus den Verhandlungen der sächsischen Ständeversammlung hierüber.“ Grimma 1843. Volkmann: Die Stände Sachsens über die Reform des Strafprocesses. Leipz. 1843. Im Königreiche Württemberg ist eine neue Strafproceßordnung mit dem 1. Oct. 1843 in Kraft getreten. Vergl. meine Beiträge zur Kritik des Entwurfes einer Strafproceßordnung für das Königreich Württemberg. 1839. Einleitung.

ben von der Erwähnung eines andern, weit aussehenden, wenn gleich nahe verbundenen Zieles abhängig machen wollte.

Anders stände die Sache, wenn einer Seits es bereits entschieden wäre, daß ein Verfahren auf wesentlich andern, als den bis jetzt bei uns zur Anwendung gebrachten Grundsätzen eingeführt werden sollte und wenn ander Seits es so unbedingt zugestanden werden könnte, was die Vertheidiger der uns noch fremden Procedur behaupten, daß mit solcher die materialen Strafrechtsbestimmungen, wie sie alle älteren und neueren deutschen Gesetzgebungen und Entwürfe — und mit diesen der preussische — als Ergebniss der praktischen Bildung und der Wissenschaft unserer Zeit und Nationalität enthalten, völlig unvereinbar seien. Man wird nicht Anstand nehmen, es einzuräumen, daß der gegenseitige Einfluß von Strafrecht und Verfahren sich hier wirksam erzeigen, daß manche Abänderung in dem Entwurfe dadurch geboten werde. Aber dieß betrifft nicht die wesentlichen Grundsätze, auf welche ein einheimisches Rechtsbuch über Verbrechen und Strafen und deren Anwendung gebaut werden muß, wenn man nur ohne Vorurtheil Das berücksichtigt, worauf Alles ankommt, daß überall Gerechtigkeit herrsche, daß das Strafgesetzbuch diesem Principe diene und daß das Verfahren die Möglichkeit gewähre, diesen Grundsatz in jedem gegebenen Falle zur Anwendung zu bringen. Die beantragte Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, wo sie noch nicht besteht, die Erfüllung des wohlbegründeten Verlangens, dieselbe beizubehalten, wo sie bereits in Uebung und dem Volke, wie den Richtern und Anwälten lieb geworden ist, nöthigen, nirgends auf die Vortheile einer verbesserten einheimischen Strafgesetzgebung Verzicht zu leisten. Der genauern Prüfung kann es nicht entgehen, daß es sich bei dem von dieser Seite her vorgebrachten Bedenken gegen den Entwurf um eine andere Frage handle, die man

stets als nothwendig mit der über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit verbunden glaubt, was ein oft widerlegter, aber, wie es scheint, unvertilgbarer Irrthum ist. Sie betrifft die Einführung und beziehungsweise die Beibehaltung des Schwurgerichts ¹⁸⁾).

Ehe wir darüber sprechen, wird es nothwendig, eine Bemerkung vorausszuschicken. Die Gegner des gemeinrechtlichen und deutschen landesrechtlichen Verfahrens — die dasselbe keineswegs sämmtlich gerecht und billig beurtheilen, machen den Vertheidigern desselben nicht selten den Vorwurf, sie hätten nur das französische Recht vor Augen und verwechselten dieses, welches auch Jene nicht durchaus in Schutz nehmen wollten, mit den allgemeinen Grundsätzen und Forderungen, auf die es ankomme. Diefs ist, wie ich bei anderer Gelegenheit erinnert habe, zwar richtig, obschon es nahe liegt, an die Länder zu denken, wo solches Verfahren gilt und wobei — wie sehr wir uns auch für die englische Rechtspflege interessiren — es doch natürlich gefunden werden muß, wenn sich bei einer Vergleichung der Blick auf das Nachbarland richtet, dessen Gesetzgebung ohnehin auch in einigen, jetzt wieder mit ihrem deutschen Stammlande verbundenen, Provinzen in Geltung sich befindet. Hier fällt jener Vorwurf weg, es wird vielmehr gerade auf die Thatsache, daß es das französische Recht sei, welches sich vorzugsweise zur

3 *

18) Vergl.: Zur Kritik des preuss. Strafgesetzentwurfes. Von einem rheinischen Beamten. Aachen und Leipz. 1843. — Der preuss. Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung und sein Verhalten zum Rheinlande. Für Juristen und Nichtjuristen. Von G. Duden. Bonn 1843. — Außerordentliche Beilage zur kölnischen Zeitung. Coblenz im Juni 1843.: „Ueber den neuen Strafgesetzentwurf mit besonderer Beziehung auf die Rheinprovinz.“ S. jetzt noch: Offene Gedanken über die Abneigung der Rheinpreussen gegen Strafgesetzreformen. Von Dr. L. v. Jagemann. Berlin 1843.

Annahme empfehle, Bezug genommen, da es nicht auf eine theoretische Vergleichung, sondern auf eine Würdigung des Bestehenden und in weiterem Umfange Einzuführenden ankomme. Hier — wir sprechen von den Rheinprovinzen — finden im Verfahren Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, Geschwornengericht, und für die Geltendmachung des nothwendigen Princip's die Form der Anklage und der an Alles dieses sich folgerecht knüpfenden Bestimmungen Statt, welche den Gegensatz zu dem unsrigen bilden. Dieses Verfahren steht aber wieder nicht allein, sondern in Zusammenhange mit dem Code pénal.

Wird nun dieses Verfahren und nach einer Seite hin mit gutem Rechte vertheidigt und dessen Beibehaltung als Gegenstand des lebhaftesten Wunsches, des allgemeinen Interesses betrachtet und von diesem aus im Strafgesetzentwurfe geprüft und geradezu abgelehnt, so muß man zuletzt erkennen, daß es nicht bloß um die Gerechtigkeit und die Rechtspflege, sondern um ein politisches Moment, wie es bei der Einrichtung der Jury hervortritt, sich handle, — ein Moment, dessen jetzige Berechtigung nebst seiner, hier nicht weiter auszuführenden, Grundlage ebenso wenigstens in Zweifel gezogen werden darf, wie dessen Bedeutung als angeblich einzige Gewährleistung einer sichern, gerechten, unparteiischen Rechtspflege. Wir wollen nicht wiederholen, was auch in der letzten Zeit wieder so vielfach besprochen worden ist. Das Ergebniss aber läßt sich folgendermaßen bezeichnen. Eine solche Mißbilligung des Entwurfs geht nicht aus von Einwendungen, die auch von der andern Seite entlehnt werden, die von dem Standpunkte des s. g. materialen Rechts selbst, der Wissenschaft, Erfahrung und der Volkssitte aus vorgebracht werden. Auch nicht von dem Principe der Mündlichkeit, Oeffentlichkeit, der Anklage; denn mit diesem wäre — wie sich aus der Natur der Sache ergibt und die neuere Erfahrung bestätigt — auch der Inhalt eines deutschen

Rechtsbuches ohne Schwierigkeit zu vereinigen ¹⁹⁾, — da dann vorausgesetzt werden muß, daß die richterliche Amtspflicht denselben Umfang haben werde, wie in dem bisher in den deutschen Ländern beobachteten Verfahren. Die Behauptung der Unmöglichkeit, ein solches Gesetzbuch anzuwenden, geht vielmehr vorzugsweise von der — (wir wiederholen es — mit voller Berechtigung, wo es sich um Erhaltung eines zugesicherten Rechts handelt) aufgestellten Ansicht über das Wesen der Jury, der Richter über die Thatfrage, aus. Daß nach der nicht bloß theoretisch wissenschaftlichen Entwicklung unseres deutschen Rechts, sondern auch nach der praktischen und nach unserer Rechtssitte die factische Frage selbst auf rechtlichen und bestimmten technisch juristischen Voraussetzungen beruhe und so wenig ohne Rechtskenntnisse beantwortet werden könne, als die auf die Würdigung der That im einzelnen Falle Einfluß habenden Umstände, die nicht lediglich dem rechtlichen Urtheilsspruche anheimfallen, sondern, selbst zugleich factischer und rechtlicher Natur, eine tiefere Kenntniss erfordern und von der Einfachheit entfernt seien, ohne welche — von andern Gründen hier nicht zu sprechen — ein Verdict der Jury im höchsten Grade bedenklich erscheinen muß, darin sind die Kenner, auf welcher Seite sie auch stehen mögen, im Ganzen einverstanden. Die Gegner der Jury gründen darauf die unter dieser Voraussetzung völlig gerechtfertigte Forderung, daß über den Beweis, die s. g. Thatfrage, nicht minder wie über die rechtlichen Folgen der rechtskundige Richter entscheide, nicht nach individueller Meinung, sondern nach objectiv durch Gründe darzulegender Ueber-

19) Es muß besonders das Strafgesetzbuch für das Großherz. Hessen und bei Rhein genannt werden. Vergl. dazu den trefflichen Commentar von Dr. Breidenbach. Ersten Bds erste Abth. Darmstadt 1842. Einleitung.

zeugung, wo dann die in dem andern Falle fehlende Möglichkeit Statt findet, zu Folge des Grundsatzes der Gerechtigkeit alle auf die Beurtheilung der Strafbarkeit bezüglichen Momente mit in den Kreis der gerechten Erwägung aufzunehmen. Es kommt dabei, und zwar sowohl *in facto* als *in jure*, auf Unterschiede, Abstractionen und Combinationen an, welche jene Einfachheit nicht mehr erblicken lassen, die dem frühern Standpuncte eines noch im Volksbewußtseyn lebenden Rechts eigenthümlich ist und diesem einen naiven, theilweise praktischen Charakter verleiht, der unser Gemüth anspricht, auch wenn er dem Verstande, der Bildung und dem Bewußtseyn einer höhern rechtlichen Nothwendigkeit nicht genügt. Aber jener einfache Standpunct mußte nothwendig verlassen und ein weiterer durch die Mannigfaltigkeit der bürgerlichen, sittlichen, politischen Verhältnisse herbeigeführter allmählig sich geltend machen und mittelst der fortschreitenden Bildung auch in die Gesetzgebung aufgenommen werden, welcher willkürlich in unserer Zeit nicht aufgegeben werden kann noch darf. Nicht kann, weil es unmöglich ist, daß wir unsere Zeit mit ihrem ganzen Reichthume der Bildung und dem Inhalte, der sie erfüllt, auf den frühern Zustand zurückführen und zu einer Einfachheit zurückkehren, welche nicht mehr, wie die frühere, — die sich ihres Mangels nicht bewußt war, — eine in sich harmonische und ihrer Zeit entsprechende wäre, — die vielmehr jetzt nur den Mangel und das Mißverhältniß offenbaren müßte und gegen welche sich nothwendig Das, was jetzt vorhanden ist und nothwendig Anerkennung verlangt, in seiner Berechtigung behaupten würde; was dann (wenn überhaupt von der Wirklichkeit des Unmöglichen gesprochen werden dürfte) eine Verwirrung zur Folge haben müßte, die, obschon nur vorübergehend, weil die Wahrheit siegen wird, doch des Unheils genug stiften könnte. Nicht darf, weil es der Gerechtigkeit geradezu wider-

sprache. Diefs ergibt schon die bisherige Betrachtung. Wir fügen noch hinzu, was wohl von Allen zugegeben wird, die das Wesen des Rechts kennen und nicht mit dem Gesetze verwechseln, die das Gesetz selbst als Ausdruck nicht der Willkür, sondern des Rechts betrachten, dafs hier nicht die Rede sei von der Gerechtigkeit, welche durch das Gesetz eingeführt und nach demselben gehandhabt werden soll, sondern von der, welche erst das Gesetz zur Folge und zum entsprechenden Ausdrucke des erkannten wahrhaften Inhalts haben soll. Kein deutscher Staat kann für seine Gesetzgebung jene Wahrheiten aufser Acht lassen und auf die Fortschritte der mit den Ergebnissen der Sittengeschichte und der volksthümlichen Rechtsanschauung zusammentreffenden Wissenschaft Verzicht leisten.

Von entgegengesetzten Grundsätzen gehen die Vertheidiger der Schwurgerichte aus. Indem sie die Unvereinbarkeit Dessen, was so eben als Resultat der frühern Bildungsstufen bezeichnet worden ist, mit den Forderungen einsehen, welche an ungelehrte, eine Rechenschaft nicht ablegende, Urtheiler über die Thatfrage allein gerichtet werden können, wollen sie jenen ganzen und zwar nothwendigen reichen Inhalt unberücksichtigt lassen. Wenige, einfache, d. h. dem Buchstaben- und Wortverstande nach unmittelbar anzuwendende gesetzliche Bestimmungen, die es zulassen, Alles auf eine zur blofsen Bejahung oder Verneinung vorzulegende Frage zurückzuführen, sollen in dem Gesetzbuche Platz finden und für die möglichst individualisirten Fälle soll eine entsprechende gesetzliche Folge genau im Voraus angegeben und von dem Richter auf Grund des Verdicts unmittelbar ausgesprochen werden können. — Dafs der wissenschaftliche Sinn dabei sich nicht befriedigt fände, könnte untergeordnet erscheinen, und für die Frage nach Recht und Gerechtigkeit gar nicht in Betracht kommen, wenn nämlich der Beweis möglich oder

bereits geführt wäre, ein Mal, daß die Wissenschaft hier ein anderes Interesse und einen andern Inhalt hätte, als das Recht, — das auch gesetzlich auszusprechende Recht der Zeit und des Volkes, — und dann, daß in jener Verfahrensweise sich unsere Rechtsanforderungen wirklich befriedigt fänden, dieß ist aber nicht möglich. Man darf nur den Code pénal und was damit in Verbindung steht, betrachten, um sich zu überzeugen, daß der Versuch, jener Aufgabe zu genügen, einer Seits durch eine willkürliche Casuistik, anderer Seits durch Bestimmungen, welche wesentliche, in der Schuld, der Theilnahme, der Zurechnung etc. gegründete Unterschiede unberücksichtigt lassen, also auf Kosten der Gerechtigkeit erreicht werde. Schon an einem andern Orte ²⁰⁾ habe ich aufmerksam gemacht auf die durch jenes Streben herbeigeführte Härte, die sich (wenn auch mit Ausnahme in bestimmten gesetzlich vorgeschriebenen Fällen) in der Gleichstellung des Versuchs und der Vollendung, der Theilnehmer und Urheber etc. zeigt: in der Verkennung von Grundsätzen der Gerechtigkeit, die jetzt Gemeingut der Wissenschaft und Anwendung, längst schon in der alten einheimischen Gesetzgebung Karls V., in deren Tadel sich auch bei uns am Meisten Die gefallen, welche sich nie die Mühe gegeben haben, sie gründlich zu studiren, ihre ausdrückliche Anerkennung gefunden haben ²¹⁾. Mit dieser uns gerühmten Einfachheit des Code pénal ²²⁾ ist nicht nothwendig verbunden die ungemeine Härte der Strafsatzungen, die vielleicht für das Volk und die Verhältnisse der Zeit der Ab-

20) S. die oben Note 8. angef. Abhandl.

21) Meine Beiträge zur Strafproceßgesetzgeb. S. 129 fg. 167 fg.

22) Bekanntlich wurde bei den Verhandlungen sehr oft die Empfehlung jener, nicht selten auf Kosten des Rechts erlangten Einfachheit ausgesprochen: „C'est la simplicité, qui frappe à la fois, et l'esprit et le coeur.“

fassung einige Rechtfertigung finden, aber nimmermehr uns — den Deutschen und unserer Zeit — vollends als Bedürfnis und als Fortschritt empfohlen werden kann. Sie kommt aber, und daher scheint es mit dieser Empfehlung doch fast Ernst zu seyn, in Betracht, weil sich durch die Höhe des gedrohten Strafmaßes und die Art der Strafe die Competenz der Assisen bestimmt und weil deshalb ein auf mildere Grundsätze gebautes Gesetzbuch für unstatthaft erklärt wird, indem in Folge desselben die Zahl der Fälle sich beträchtlich vermindern müßte, wo die Verhandlung vor Geschwornen bedingt ist. Dieser Besorgnis ließe sich durch ein anderes Competenzgesetz begegnen, allein wir haben es hier mit dem Bestehenden zu thun. Wir ehren die Gesinnung, welche sich in dem Bestreben ausspricht, die Jury in möglichst ausgedehnter Wirksamkeit zu erhalten: wir wollen auch die Gründe, — mögen sie aus dem Rechte oder der Politik entlehnt werden, — sofern sie nicht bloß subjective Motive sind, — in ihrem vollen Werthe gelten lassen und nicht erörtern, wie gerade der Standpunct des Rechts und der Politik, die für den preussischen Staat eins und nicht nach Provinzen getheilte und verschiedene sind und seyn sollen, — auch zu einem andern Schlusse führen können. Aber wir dürfen auch bei einem für den ganzen Staat bestimmten Entwurfe nicht alles Gewicht lediglich auf jenen Standpunct einer nur räumlich und zeitlich beschränkten Berechtigung legen.

Der natürliche und einfache Gedanke, der hier festzuhalten ist und von welchem alle Strafgesetzgebung ausgeht, die eine für nothwendig anerkannte Verbesserung beabsichtigt, ist dieser: welche strafrechtliche Bestimmungen Vernunft, Gerechtigkeit und richtige Politik für ein bestimmtes Volk und Land fordern, näher also, welche widerrechtliche und verwerfliche Handlungen überhaupt mit Strafe zu bedrohen und zu ahnden und dann, welche

Strafarten und in welchem Maße dieselben anzuwenden seien, welche Rücksichten für eine gerechte, der besondern Verschuldung in dem gegebenen Falle entsprechende Strafzumessung gelten? Das ist das Erste und Wichtigste, was im Wege des Verfahrens zur Ausführung gebracht werden soll. Es ist die Aufgabe, durch die Gesetzgebung über Das, was man nun einmal formales Recht nennen will, durch die Proceßgesetzgebung dafür zu sorgen, daß das s. g. materiale Recht verwirklicht werde. Damit ist denn, aller Wichtigkeit des Strafverfahrens unbeschadet, anerkannt, daß dieses nur Mittel zum gerechten Zwecke, nicht etwas an und für sich selbst vollends allein Bedeutendes seyn dürfe. Ohne Zweifel muß dem Verfahren, als durch welches allein und ohne welches niemals auf gerechte Weise die Strafgesetze in Wirksamkeit gesetzt werden können ²³⁾, eben darum eine hohe Wichtigkeit zugeschrieben werden. Es wird von der Beschaffenheit desselben abhängen, ob die Wahrheit und das Recht an den Tag komme, ob die Willkür ausgeschlossen werde oder nicht; und wenn man mit Grund bemerkt, daß es nicht lediglich auf die gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren, sondern ganz besonders auf die gewissenhafte Beobachtung von Seiten der ausführenden Beamten, auf deren Pflichttreue und rechtliche Klugheit ankomme, daß manche Vorwürfe die Mangelhaftigkeit der individualen Handlungsweise, nicht das Gesetz treffen, so muß ent-

23) Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts werden nur zum kleinsten Theile durch den Proceß in Anwendung gebracht. Selbst bei obwaltendem Streite, sogar bei schon eingeleitetem Rechtsverfahren kann durch Vergleich, Verzicht etc. das Recht zur Geltung kommen. Außerdem aber wirkt die nicht streitige Gerichtsbarkeit, und bei Weitem das Meiste wird durch die Handlungen der Verkehrenden unmittelbar und rechtlich ausgeführt. Anders im Gebiete des Strafrechts, wo, wenn die Bedingungen der Anwendung der Gesetze vorhanden sind, der Proceß niemals entbehrt werden kann.

gegnert werden, daß um so mehr an eine gute Proceßordnung die Forderung zu richten sei, den Einfluß mangelhafter subjectiver Verfahrensweise und deren nachtheilige Folgen fern zu halten und zu beseitigen ²⁴). Welche Weise des Verfahrens diesem nothwendigen Zwecke mehr entspreche oder, wie Manche behaupten, allein dazu geeignet sei, das ist Gegenstand eines lebhaften Streites in unsern Tagen. Darüber sind alle zuständigen Urtheiler einverstanden, daß das Verfahren eben Mittel für den Zweck der Gerechtigkeit sei ²⁵). Dieß Verhältniß hat man nun von der andern Seite geradezu umgekehrt. Man hat das Verfahren, wie es nun dort besteht, als das Hauptsächlichste angesehen, dem sich das s. g. materiale Strafrecht anpassen und unterordnen müsse. Man fragt nicht: wie bringen wir gerechte, unsern Sitten entsprechende Gesetze auf geeignete Weise in Ausübung? sondern: wie müssen, da wir einmal unser Verfahren, namentlich die Schwurgerichte, nicht aufzugeben geneigt sind, die Strafgesetze beschaffen seyn, damit sie für die Verfahrensart passen? Ist Letzteres der Fall, so scheint es ziemlich gleichgiltig, oder doch eine entferntere Rücksicht, ob sie auch unserer Gesittung, Rechtsanschauung, Nationalität und ob die Strafsatzungen der Verschuldung entsprechen. Wir verwerfen gelindere Strafen und niedrigere Strafmaße, weil sie die Fälle, wo das Schwurgericht berufen wird, seltener machen und so mittelbar dessen ganze fernere Erhaltung in Frage stellen und gefährden. Wir leisten

24) Meine Beiträge zur Strafproceßgesetzgebung etc. S. 11 fg.

25) Es kann daher nicht ein anderes Princip haben, als das, welches auch dem Strafrechte zu Grunde liegt. Vergl. meine Abh.: „Ueber die Bedeutung des Strafrechtsprincips für das strafrechtliche Verfahren und für den Untersuchungsrichter in'sbesondere,“ in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von Dr. v. Jagemann und Nöllner. Karlsruhe 1841. Bd. I. N. XIV. S. 291 fg.

Verzicht auf eine Reihe von allgemein anerkannten, durch die deutsche Gesetzgebung längst vestgestellten Wahrheiten über die Würdigung der Schuld, der concreten Strafbarkeit und die Strafzumessung, auf die wahrhafte Gerechtigkeit, deren Grundsätze durch die Arbeit der Wissenschaft zu Tage gefördert, durch die Praxis verwirklicht sind, — nicht weil wir deren Werth verkennen, sondern weil sie für unser Verfahren keinen Werth haben, vielmehr, als mit demselben unvereinbar, gefährlich sind; weil es unmöglich seyn würde, dieselben durch Geschworne in Ausübung bringen zu lassen. So wird denn die Gerechtigkeit in die zweite Stelle gesetzt und jeder materialen Verbesserung der Weg abgeschnitten. Darum wird die erwähnte Einfachheit des Code pénal, wie wenig sie auch vor der Gerechtigkeit zu bestehen vermag, vorgezogen und ein fremdes, auf ganz andere Verhältnisse und Zeiten berechnetes Gesetzbuch, unerachtet der auch von dessen Vertheidigern zugestandenen Mängel, empfohlen, dem noch dazu, da die Verbindung mit dem ehemaligen Mutterlande (Gottlob) aufgehört hat, der Vortheil entgeht, den in Frankreich die Beziehung auf eine in sich organisch gegliederte Verwaltung und auf politische Institutionen gewährt und welche die jetzt s. g. rheinische Gesetzgebung, die im Verhältnisse zu der des jetzigen Landes immer nur die Eigenschaft eines Provinzial- oder Particularrechts haben kann, auch nothwendig entbehren muß.

Diefs und manches Andere, was hier übergangen wird, ist das Betrübende bei einer Sache, die sonst auch ihre erfreuliche und höchst ehrenwerthe Seite hat. Die Einheit des Staates und Volkes, der Regierung und Verwaltung muß sich aber, wie bemerkt, auch in dem Gebiete der Strafgesetzgebung behaupten, und wie auch die unverkennbare Schwierigkeit gelöst werden möge, es ist Pflicht und Ehrensache, daß man ihrer Herr werde und daß in

deutschen Ländern deutsches Recht und in Preussen ein Strafgesetzbuch und ein Verfahren für geltend erklärt werde.

Bemerkenswerth ist es, daß bei den Verhandlungen bisher weder von Seiten der Vertheidiger des Entwurfs, noch der Gegner, die in der oben berührten Weise von dem Gegensatze des französischen und des deutschen Processes ausgegangen sind, auf das großherzoglich hessische Strafgesetzbuch Bezug genommen worden ist. Dieses, welches von den Ständen des Landes berathen und angenommen und seit dem 1. April 1842 in Wirksamkeit getreten ist, bietet sich der Vergleichung unmittelbar dar, da es in einem Lande eingeführt ist, in dessen älteren Theilen gemeines Recht galt, und für das Verfahren noch dasselbe, wenigstens als Grundlage der damit völlig übereinstimmenden Landesgesetzgebung, gilt, während in der Rheinprovinz das Verfahren nach dem Code d'instruction criminelle erfolgt, ohne daß sich unüberwindliche Hindernisse gezeigt hätten. Ueber Manches wird allerdings die spätere Erfahrung noch Belehrung darbieten, über Vieles aber könnte schon jetzt für alle Theile dieses Beispiel von Nutzen seyn. Wir hoffen um so zuversichtlicher auf eine Zustimmung, die durch Ueberzeugung nach fernerer Prüfung Statt finden werde, über die Nothwendigkeit, an die Stelle des Code pénal ein deutsches Strafgesetzbuch zu setzen, je gewisser zu erwarten steht, daß in Ansehung des Verfahrens eine Annäherung an das jenseitige Statt finden werde. Und in sofern bei dem Zusammenhange des Strafrechts und des Processes die Principien des letztern festgestellt seyn müssen, um das erstere zu bestimmen, — was für manche, aber keineswegs für alle Satzungen nothwendig ist, so darf man auch vertrauen, daß dieses, wenigstens für den zu revidirenden Entwurf des Strafgesetzbuches, nicht unterbleiben werde, ohne daß defshalb die Forderung als eine unerläßliche aufgestellt werden müßte,

zuerst oder doch gleichzeitig den Strafprocessentwurf vorzulegen, wie wünschenswerth auch dieses in anderer Hinsicht erscheinen möge.

Wir haben, dem oben angegebenen Plane zu Folge, noch der Kritiken zu gedenken, welche der Entwurf von Seiten der Provinzialstände und der vorbereitenden Ausschüsse erfahren. Es ist durch die sorgfältige Berathung, welche dem Ganzen und Einzelnen gewidmet worden, ein reicher Stoff legislativ politischer Bemerkungen geboten, der gewiss bei fernerer Erwägung des Gegenstandes berücksichtigt werden wird. Auch bietet derselbe für Alle, denen die Sache am Herzen liegt, vielfaches Interesse, und man muß es dankbar erkennen, daß durch die neuen, eine grössere Oeffentlichkeit begünstigenden Einrichtungen die Verhandlungen, wenigstens in den Ergebnissen, zur Kenntniß des grössern Publicums gelangt sind. Allein es scheint von mehrern Seiten das Verhältniß der Stände zu solchen Gesetzentwürfen nicht richtig aufgefaßt zu werden, wenn entweder an diese, in Hinsicht auf eine wissenschaftlich praktische Beurtheilung und Berichtigung, Forderungen gemacht werden, die in ihrer Stellung nicht begründet sind, oder wenn Diese, — die hier für Das, was in ihr Gebiet fällt, so Beachtenswerthes geleistet haben, — sich entschuldigen, daß sie nicht im Stande seien, jenen angeblichen Ansprüchen vollständig zu genügen. Was, nach dem Staatsorganismus und in Betreff des Zusammenwirkens der verschiedenen, neuerlich s. g. Factoren der Gesetzgebung, die Stände (auch wo ihnen nicht eine entscheidende, sondern nur berathende Stimme zukommt) beizutragen und zu vertreten haben, das ist nicht an sich die Wissenschaft und die Anwendung, obgleich diese auch bei oëren Verhandlungen ihren Einfluß ausüben und für viele Anträge die Grundlage und Motive darbieten werden. Selbst wenn in der Reihe der Berufenen sich Rechtsgelehrte befinden und dann, wie es erklärlich ist, nicht bloß

für das Technische der Fassung der Beschlüsse, sondern auch für deren Begründung vornehmlich mitwirken, ist jenes nicht das Hauptmoment und macht sich überhaupt nicht anders geltend, als in der Weise, wie jetzt gebildete, verständige und wohlgesinnte Männer die Gegenstände und Fragen des öffentlichen Lebens betrachten und erörtern. Der Staatsregierung steht schon unmittelbar das theoretische und praktische Element in der Gesetzgebung zu Gebote, sie besitzt dieselben nach dem materialen Inhalte und kann sie formal hinzuziehen, ohne erst deren Vertretung innerhalb des ständischen Elements zu bedürfen. Ein Entwurf, bei dem dieses der Fall wäre, würde für durchaus verfehlt erklärt werden müssen. Bei der Vorbereitung der Arbeit und der Vollendung derselben in den verschiedenen Stadien, welche der Entwurf durchgeht, bis er zur Vorlage geeignet befunden wird, müssen die Mittel benutzt seyn, welche die Wissenschaft und die Anwendung und in beider Hinsicht die Erfahrung neben den andern darbieten, die dabei in Betracht kommen. Daneben wird die Gelegenheit zu freier Mitwirkung der gedachten Elemente gegeben, indem der Entwurf öffentlich bekannt gemacht wird, wobei freilich, selbst für die Arbeiten der Stände, und noch mehr, für die allgemeine Würdigung des Gegenstandes es nur erspriesslich seyn kann, wenn die Veröffentlichung und die Gewährung der Gelegenheit, daß sich die öffentliche Stimme vernehmen lasse, eine angemessene Zeit vor den Berathungen Statt findet, wie es in den übrigen deutschen Staaten regelmäßig geschehen ist. Es bedarf keiner Ausführung, daß die unverkennbaren Vortheile eines solchen Verfahrens die möglichen Nachtheile, — wenn man von solchen sprechen will und die auch in der That nicht ganz in Abrede gestellt werden sollen, bei Weitem überwiegen.

Es leuchtet ein, daß es dabei auf etwas Anderes ankomme, als jetzt erst die — bisher verborgen gewesene —

Wahrheit zu erhalten oder einen Ersatz für Mängel zu finden, die gar nicht vorkommen könnten oder sollten. Es bedarf daher so wenig für den Einzelnen, der an die Kritik des Gegenstandes geht, als für die Stände, deren Verhältniß zu dem Entwurfe sich als ein politisches erzeigt, auch da, wo sie vom rein rechtlichen Gesichtspuncte aus ihre Bemerkungen machen, einer Ablehnung des Vorwurfs einer Anmaßung des Klügerseyn- und Besserwissen-Wollens ²⁶⁾. Würde doch selbst die jeden Falls der Regierung allein zustehende Befugniß und Pflicht, Alles zu prüfen und das Beste zu behalten, die unerläßliche Voraussetzung bedingen, daß sie, im Besitze ihrer Mittel und auf dem Standpuncte der höhern Uebersicht des Ganzen und Allgemeinen, welches das Besondere beherrscht und diesem die gehörige Stelle anweist, in ihrer Intelligenz auch jene durch Klugheit und die Forderung der Gerechtigkeit gebotene Wahl zu treffen vermöge. Es kann von Ständen und Einzelnen, die etwa über die Sache sich vernehmen lassen, Etwas gemißbilligt werden, ohne daß dieses für minder klug und durchdacht gehalten oder die Prätension der geistigen Ueberlegenheit gemacht wird. Was die Stände in'sbesondere anbelangt, so vertreten sie nicht die Wissenschaft, selbst nicht unbedingt das bloße geistige Bewußtseyn des Volkes, — denn dieses ist auch in der Regierung und außer beiden noch in einem viel weitern Kreise unter einer Menge von Individuen und Körperschaften verbreitet, die in keiner von beiden, weder der Regierung, noch der ständischen Versammlung vertreten sind und deren Ausschließung von letzterer, namentlich wenigstens nach der jetzt bestehenden Einrichtung, eben auf der Bestimmung beruht und dadurch bedingt gerecht-

26) Man könnte dazu veranlaßt werden durch die Erklärung in d. Note 8. angef. Schrift. S. 299. 302 fg. vergl. auch S. 59. 280. 281.

rechtfertigt wird, daß unsere Provinzialstände ein anderes, — ein politisches Interesse in größerem oder geringerem Umfange zu vertreten haben. Niemand bezweifelt, daß dieses auch bei der Strafgesetzgebung Statt finde, da eine solche vornehmlich an das Volksbewußtseyn sich richtet, wie sie mit in diesem gegründet seyn muß. Da auch die Wissenschaft dieß anerkennt, so tritt ein Widerspruch gegen solche nicht oder doch nicht nothwendig hervor; das s. g. Juristen-Recht und das Volks-Recht sollen auch in diesem Gebiete zwar formal unterschieden, aber nicht dem Inhalte nach einander entgegengesetzt werden.

So wie aber unsere Provinzialstände nicht das Interesse einzelner und besonderer Stände für sich, sondern nach seiner allgemeineren Seite zur Aufgabe haben, so muß auch die weitere Forderung gestellt werden, daß ein seiner Natur nach allgemeiner Inhalt, wie der der Strafgesetze, von einem höhern Gesichtspuncte gewürdigt werde, als dem bloß provinzialen. Wohl mag da oder dort, mit Rücksicht auf Oertlichkeit, Bedürfnis und den Bildungsstand, eine eigenthümliche Bestimmung bedingt erscheinen, — aber für das Strafrecht sind die Differenzen zu gering, um als ein Hindernis einer das ganze Land umfassenden Gesetzgebung betrachtet zu werden. Die Allgemeinheit des Staats und seines Rechts, der anerkannten Grundsätze der Gerechtigkeit muß eben so sehr die etwaigen Abweichungen, als die bloß individualen Meinungen Einzelner, die sich bei den Verhandlungen geltend machen, beherrschen. Die provinzialen und zum Theil historischen Sonderungen begründen weder für das preussische Volk in seinen Bestandtheilen, noch im Verhältnisse zu anderen deutschen Stämmen, einen Unterschied der Nationalität, der eine Ungleichheit der Rechtsgesetzgebung zur Folge haben müßte. Dürfte von einer erheblichen Verschiedenheit der Bildung und darnach dem Bedürfnisse härterer oder milderer Strafgesetze, der Statthaftigkeit gewisser

Strafmittel oder deren Ausschließung etc. gesprochen werden, so würde, wo die Einheit der Gesetzgebung eine nothwendige Forderung ist, es wohl keinen Widerspruch erfahren, wenn man, wie oben schon bemerkt worden ist, für das ganze Volk den Standpunct der Sitte und Bildung als Mafsstab annähme, welcher der höchste ist. Wir begnügen uns, mit Rücksicht auf Das, was hierüber verhandelt ist, dieses anzudeuten. Es bedarf nicht besonderer Anführung, welche Provinzen (oder deren Einwohner) sich höher und die anderen niedriger stellen zu dürfen glauben. Die Gründe, welche für jene gewisse Strafarten als unzulässig erscheinen lassen, treten auch für diese ein; ohnehin sind sie nicht blofs aus dem Bildungsstande und der Bezugnahme auf Das, was bisher gegolten hat, entlehnt, sondern sie sind in der Gerechtigkeit und einer Sitte enthalten, die über jenen Bildungsunterschieden steht. Auch darf man, wie ich bereits erinnert, die Abstufungen der Bildung, wo sie, und zwar nicht blofs politisch, sondern rechtlich, in Betracht kommen, weniger in dem Gegensatze der Provinzen, als vielmehr innerhalb derselben, in den Individuen, und hier mehr, als in den verschiedenen Classen der Gesellschaft, suchen, wobei dann die Art der Gesetzesübertretung zu berücksichtigen ist. Denn nicht alle Verbrechen, — selbst von denen abgesehen, auf welche eine absolut bestimmte Strafe gesetzt ist, — sind von der Art, dafs sie, bei der rechtlichen Würdigung, eine Beachtung jener Unterschiede, — die dann ohne Einflufs sind, — zulassen. Demnach kann auch die Gesetzgebung ihre Bestimmung vollständig erfüllen, wenn sie bei der Allgemeinheit ihrer Anordnungen für die concreten Fälle und Verhältnisse die Möglichkeit gewährt, Dasjenige im Urtheile auszusprechen und zur Ausführung zu bringen, was der Gerechtigkeit entspricht. Es läfst sich auch nach dieser Seite kein treffiger Grund gegen ein allgemeines Strafgesetzbuch für das Königreich geltend machen. Auch

würde man, wenn nicht die Erfahrung es schon bestätigte — denn die von einer Provinz beantragte Zurücknahme des Entwurfs darf wohl nur auf diesen, nicht auf den Plan einer zeitgemäßen Gesetzesreform bezogen werden — annehmen müssen, daß in der Hauptsache eine Uebereinstimmung nicht fehlen werde. Es ist in neuerer Zeit Viel über die Schwierigkeit der Berathung ganzer großer und umfassender Entwürfe mit Ständen geschrieben und nicht bloß von den Gegnern des constitutionalen Systems für rathsamer erklärt worden, an die Stelle einer Erörterung und Beschlussfassung über jeden einzelnen Artikel, eine Begutachtung des Ganzen, seiner Principien und allenfalls der wichtigsten Punkte treten zu lassen, damit die nothwendige Einheit erhalten, Widersprüche und Inconsequenzen vermieden werden und nicht der Zufall z. B. einer Majorität entscheide, welche gerade an diesem Tage der Berathung über diese Fragen sich bildet, während zu einer andern Zeit über die damit in Verbindung stehenden Fragen und Punkte eine andere Ansicht die Stimmenmehrheit für sich gewinne. Wir wollen dieses hier nicht weiter verfolgen ²⁷⁾, da es für den nächsten Zweck nicht ein unmittelbar praktisches Interesse hat. Die Stände haben hier nicht eine entscheidende, sondern nur berathende, begutachtende Stimme; anderer Seits bilden sie nach den Provinzen eine Reihe von Ergebnissen, die nicht schon für sich, bei ihrer häufigen Verschiedenheit, durch eine Majorität zum Beschlusse erhoben werden, welcher der Regierung zusteht. Aber diese letztere hat durch die jetzige Einrichtung den Vortheil, einen sehr reichen Stoff reiflicher Erwägungen nach der Seite, welche die Stände zu vertreten haben, dargeboten zu erhalten. Und dieser wird

4 *

27) Mehr darüber habe ich bemerkt in der holl. A. L. Z. 1843. Ergänzungsblätter Nr. 69 fg.

noch dadurch vermehrt, daß selbst, wo in einer provincialständischen Berathung nicht eine Einstimmigkeit oder absolute Majorität sich herausstellt, sondern eine nur relative, auch die Ansichten der Minorität, beide mit ihren Gründen, zur Kenntniß der Regierung gebracht werden. Wird hierbei im wahrhaften, der Allgemeinheit zugewendeten Sinne gehandelt, so kann es nicht fehlen, daß das letzte Ergebniss ein günstiges sei: und während die Subjectivität der Einzelnen, die Vorurtheile und Mißverständnisse schon an der Gemeinsamkeit der Berathenden ihre gebührende Schranke finden, so wird, wenn sich innerhalb einer ganzen Versammlung eine Gesinnung bekunden sollte, welche der Allgemeinheit abgewendet scheinen, die Macht der Wahrheit und des erkannten Staatsbedürfnisses nach Benutzung der Mittel, diese zum Bewußtseyn zu bringen, sich auch auf die geeignete verfassungsmäßige Weise geltend machen. Man darf sich dabei jedoch über manche Schwierigkeiten nicht täuschen. Leichter wird eine Uebereinstimmung, auch rücksichtlich sonst abweichender Ansichten, in dem Gebiete des Rechts im engeren Sinne zu erreichen seyn. Wo die Einwendungen von den politischen Gründen entlehnt werden, welche die Rechts- und Gesetzgebungspolitik selbst anzuerkennen hat, da müssen auch diese bei der rechtlichen Würdigung selbst ihre Stelle finden; sie haben nicht minder ihre rechtliche Seite, als das Recht eines Volkes und einer Zeit seine politische. Aber die Politik in einem andern und weiteren Sinne sucht gleichfalls einen Einfluß auszuüben, wo es dann darauf ankommt, das rechte Mafs für eine Gesetzgebung zu bestimmen, welche nicht auf vorübergehende, dem raschen Wechsel unterworfenen Verhältnisse, sondern auf dauernde und für eine längere Zeit berechnet ist. Diefs zeigt sich in'sbesondere bei den Bestimmungen über die s. g. politischen Verbrechen, die nothwendig mehr formal sind und bei denen von Seiten der Regierung manche Rücksichten ge-

nommen werden müssen, die nicht unbedingt oder doch nicht unmittelbar in dem Verhältnisse des Staats zu seinen Gliedern, seinen beständigen oder zeitigen Unterthanen, gegründet sind, sondern die in denen zum Auslande, zu den anderen, mit ihm in dem deutschen Bunde befindlichen Staaten ihre behauptete Nothwendigkeit und darauf beruhende Rechtfertigung haben. Hingegen wird, je nach den besonderen Standpuncten, Manches erinnert, was nur theilweise zugestanden werden darf; und es ist damit überhaupt ein Gebiet betreten, auf welchem nicht in dem Grade, wie in dem rein rechtlichen, mit Sicherheit von allgemein anerkannten Grund- und Vordersätzen weiter geschlossen werden kann. Der Kampf der Meinungen findet ein bereites Feld, und wie auch der Ausgang seyn möge, er wird nicht Alle befriedigen und — das lehrt die Erfahrung — bei der Beurtheilung vorkommender Fälle auf's Neue hervortreten, so oft die verschiedenen Elemente, die hier zusammenwirken und welche die Einheit der Gesetzgebung, wie der von ihr getroffenen Handlung und des rechtlichen Erkenntnisses über dieselbe erhalten sollen, in die Gefahr einer Collision gerathen. Die wissenschaftliche Kritik des Einzelnen vermag diese Schwierigkeiten mehr nur anzudeuten, als zu beseitigen. Aber hier, wie bei den Bestimmungen, wo religiöse Grundsätze und nicht bloß allgemeine, in'sbesondere christliche, sondern solche, die mit den Confessionsunterschieden zusammenhängen, sich bei der Würdigung des Entwurfs behaupten, wird es weniger Sache des Rechts, der Rechtskenntniss etc. seyn, solche Vorschriften aufzustellen, die nirgends verletzend und die Freiheit des Gewissens und der Ueberzeugung beeinträchtigend gefunden werden; — das Recht stellt vielmehr nur das Princip und die daraus hervorgehende Forderung auf, daß das mitwirkende politische Element sich bewähre. Es wird also vielmehr dessen Aufgabe seyn, mit Vorsicht, Schonung und feinem Tacte sich in einem Gebiete zu be-

wegen, wo die Macht des Staates einer Seits, und sofern es auf die Wahrung seines sich nothwendig geltend machenden Rechts und Interesses ankommt, die unbestreitbare Befugniss hat, sich zu äussern und Anerkennung zu fordern, — ja, wo dieses zugleich eine Pflicht für den Staat an sich und in Betreff des Schutzes ist, welchen er nicht einer Partei und Confession, sondern jeder, als allgemeiner und besonders berechtigter, zu gewähren hat; und wo seine weltliche Macht anderer Seits selbst ein nicht gänzlich mit dem Kreise seiner Berechtigung zusammenfallendes Gebiet anzuerkennen hat, welches für ihn nur darum keine äusserliche Schranke, kein zu entfernendes Hemmniss ist, weil er selbst die vernünftige Freiheit darstellt und zu seinem Inhalte hat. Das Staatsbewusstseyn und die allgemeine Intelligenz nimmt das religiöse in sich auf und wird durch dasselbe mit geleitet, wenn es auch weder nöthig noch wünschenswerth ist, dass dieses sich unmittelbar in Satzungen ausspreche. Für das Strafrecht wird sich dieß im Allgemeinen behaupten, indem es sich, als durch den Geist des Christenthums bestimmt, zu erweisen hat: in'sbesondere aber, namentlich bei Verbrechen, die eine religiöse Beziehung darbieten, wird eine mehr negative Haltung leichter, als positives Eingreifen, zum gerechten Ziele führen, — da man nicht vergessen darf, dass die bestrittene Frage über das Verhältniss von Staat und Kirche sich nicht bloß auf eine bestimmte Kirche beziehe und dass ferner die im Staate selbst bestehenden Kirchengemeinden und deren Glieder in einem Verhältnisse zu einander — und zwar im Staate — sich befinden, welches nicht minder schwankend, einen Schutz und eine Schonung fordert, deren Bedingung diese gedoppelte ist, ein Mal, dass der Staat diese Kirchen anerkennt und auf ihr Daseyn sein eignes gründet, und dann, dass deren Bekenner und Alle ohne Unterschied seine Glieder und Bürger sind, die sich als Brüder eines Vaterlandes achten sollen und wollen.

Die bisherige Betrachtung über den Standpunct, den die Kritik des Entwurfs eingenommen und einzunehmen hat, wird zugleich als Vorwort für die nun folgenden Beiträge zu einer solchen dienen. Mehr als Beiträge zu liefern, konnte meine Absicht nicht seyn. Ich werde bei der Prüfung des Entwurfs auf seiner Grundlage so Viel als möglich vermeiden, Das zu erörtern, was bereits von Andern berührt worden ist. Aber es läßt sich, zu Folge des Zusammenhangs der einzelnen Bemerkungen unter einander, nicht ganz vermeiden, auch Ansichten aufzustellen, die hier nicht zum ersten Male ausgesprochen werden, die in den Werken Anderer, aber auch in den meinigen bereits sich finden. Ich beziehe mich darüber auf das gleich Anfangs Gesagte.

Bei der Betrachtung des Entwurfes gedenke ich so zu verfahren, daß ich zuerst einige allgemeine Bemerkungen über die Grundlagen, den Charakter, den Inhalt und die Form desselben vorausschicke, darnach den Entwurf nach seinen Abtheilungen, Titeln und besonderen Bestimmungen, wie sie auf einander folgen, einer Prüfung unterwerfe.

Allgemeine Betrachtungen über den Entwurf.

Der jetzt vorliegende Entwurf — denn nur von diesem, nicht den früheren, welche nicht öffentlich bekannt gemacht worden sind, soll die Rede seyn — ist nicht von einer Mittheilung der Motive begleitet, wenn man von den kurzen Ausführungen absieht, welche den 67 Fragen, deren Beantwortung von den Provinzialständen verlangt wird, beigelegt sind ²⁸⁾. Wir werden daher genöthigt seyn, aus dem Werke selbst das Allgemeine, was uns für den vorgesetzten Zweck interessirt, zu entnehmen. Leichter würde allerdings die Arbeit, gegründet vielleicht das Urtheil, entfernter vielleicht ein mögliches Mißverständniß seyn, wenn es verstattet wäre, auf eine gehörige Darstellung der Motive zurückzugehen. Dennoch ist der Mangel der Veröffentlichung einer solchen stets wünschenswerthen Darstellung kein Hinderniß, Das, worauf es ankommt, zu erkennen und der Kritik unterzustellen. Je mehr man einen bestimmten Plan, ein Princip in der Sache selbst findet, je mehr man sich zu überzeugen Gelegenheit hat, daß solche bei der Ausarbeitung des Entwurfs vorgewaltet haben, um so eher kann man sich dabei beruhigen, daß die Motive nicht zugleich mit demselben herausgegeben worden sind. Zwar ist die hier beobachtete Verfahrensweise abweichend von der sonst und in neueren Zeiten in allen deutschen Staaten eingeschlagenen, wo den Entwürfen, die geraume Zeit, ehe sie zur öffentlichen Berathung gelangten, durch den Druck bekannt gemacht wurden, die Motive in größerer oder geringerer Ausführlichkeit beige-

²⁸⁾ Denkschrift über die zur ständischen Berathung gestellten Fragen des Strafrechts.

fügt worden sind. Was diese und andere Abweichungen selbst motivirt habe, ist nicht bekannt; nur darf man nicht, nachdem der Augenschein das Gegentheil lehrt, in Betreff anderer Entwürfe die Behauptung aufstellen, es sei schwierig oder unmöglich, solche Motive auszuarbeiten und vorzulegen²⁹⁾. Eher mag man diefs und aus den Gründen,

29) Temme sagt in der Vorr. seiner Kritik des Entwurfes etc. S. IV.: „Selbst die Publication der Motive würde nicht in kurzer Zeit nach der Publication des Gesetzes erfolgen können. — Ueberhaupt dürfte es bedenklich seyn, die bloßen Motive eines neuen Gesetzbuches ohne gleichzeitige Verbindung mit einem Commentare über dasselbe bekannt zu machen. Ohne eine selbstständige wissenschaftliche Zusammenfügung und Beleuchtung derselben würden sie nur gar zu leicht ein gefährliches Werkzeug in den Händen nicht ganz wissenschaftlich gebildeter Richter seyn. Daher haben auch alle die Regierungen derjenigen deutschen Staaten, in welchen in neuerer Zeit Strafgesetzbücher erlassen sind, neben der Veröffentlichung der Motive für ein gleichzeitiges Erscheinen von Commentaren Sorge getragen. Ich erinnere hier z. B. an Sachsen, Würtemberg, Hessen-Darmstadt.“

Wir dürfen — weil es hier auf die Wahrheit und einige nicht gleichgiltige, auch dem Verf. nicht zuzugestehende Folgerungen ankommt, — es nicht verschweigen, daß das Gesagte Theils ganz ungegründet, Theils anders zu nehmen sei. Für's Erste sind in diesen Ländern und in anderen z. B. Baden, Braunschweig, Hannover umfassende Arbeiten und Motive mit den Entwürfen erschienen (nicht zu gedenken der ausführlichen Commissionsberichte und der Motive zu dem norweg'schen Entwurfe, welche in der deutschen Uebersetzung 439 Seiten Quart engsten Druckes einnehmen). Es sind ferner die genannten Commentare nicht mit den Motiven, sondern mehrere Jahre später, erst nachdem die Gesetzbücher publicirt worden, begonnen und noch jetzt nicht sämmtlich vollendet, z. B. von dem Note 19. angef. des Ministerialrathes Dr. Breidenbach über das hessische Strafgesetzbuch nur der erste Theil bis jetzt erschienen. (Vollendet ist für Würtemberg der sehr gelungene Commentar von Hufnagel, noch nicht der, welchen Prof. Dr. Hepp begonnen hat.) Drittens sind alle diese Commentare Privatarbeiten, und wenn auch von den Regierungen gern gesehen, doch nicht in deren Auftrage gefertigt und nehmen auch nicht des-

die sogleich angeführt werden sollen, für entbehrlich halten, zu deren Unterstützung allenfalls sich noch bemerken liesse, daß gerade die in anderen Ländern veröffentlichten Motive das Bedürfnis jetzt weniger dringend erscheinen lassen, indem sie mittelbar wenigstens auch für den preussischen Entwurf und unzweifelhaft da gelten können, wo derselbe Bestimmungen aufstellt, welche in gleicher Weise überall angenommen sind, welche auf allgemein anerkannten Grundsätzen und Forderungen, auf deutscher Volksthümlichkeit, Sitte, dem Rechtsbewußtseyn, der Wissenschaft und ferner auf gegebenen, im Ganzen gleichen Verhältnissen und politischen Voraussetzungen beruhen.

halb eine andere, als die Autorität in Anspruch, welche ihnen ihr innerer Werth sichert, weil die Verfasser Theils hochgestellte Praktiker, Theils bei der zu Stande gebrachten Gesetzgebung unmittelbar mit thätig waren. Aber darin kann man Theil beistimmen, wenn er nicht von den Motiven des Entwurfs, sondern denen des zu Stande gekommenen Gesetzbuches spricht. Diese letzteren, dergleichen aber bisher für keines der von ihm erwähnten Gesetzbücher bekannt gemacht sind (weder neben Commentaren, noch ohne solche), sind von den ersten wesentlich verschieden, namentlich wo in Folge der Berathungen, der ständischen Anträge, der Kritiken erhebliche Abänderungen der ersten Entwürfe gemacht worden sind. Was diese motivirt habe, ersieht man zum Theil aus den ständischen Verhandlungsprotokollen und den Erklärungen der Regierung. Nicht stets sind es aber innere, im Rechte oder der Wissenschaft liegende Gründe; vielmehr oft ganz äußerliche: die anerkannte Nothwendigkeit, von der einen oder andern Seite in irgend einem Punkte nachzugeben, damit nicht der ganze Plan, eine neue zeitgemäße Gesetzgebung zu erhalten, vereitelt werde und das vom allgemeinen Bedürfnisse geforderte Unternehmen an den Widersprüchen scheitere, sofern z. B. eine Kammer ihre Zustimmung zu dem Ganzen von der Aufnahme oder Zurücknahme einer gewissen Bestimmung abhängig gemacht hat. Man darf z. B. an den s. g. Jagdartikel im würtemb. Strafgesetzbuche und manches Aehnliche erinnern. Vergl. Hufnagel Commentar Th. II. S. 716 fg. Solche Motive haben dann nur geschichtliches, aber nicht wissenschaftliches Interesse.

Ich will versuchen, die obige Behauptung bestimmter zu rechtfertigen. Die Gesetze, als Ausdruck des Rechts, sind nicht Ergebnisse der Willkür und werden nicht eigentlich gemacht, — wenn auch in der Art, wie jetzt allgemeine Gesetzgebungen in einem früher unbekannt gewesenen Sinne und einzelne Gesetze zu Stande kommen, die Meinung des Gegentheils, die bei Einigen herrscht, eine scheinbare Stütze erhält. Als organische — diesen Ausdruck nicht im politischen Sinne genommen, sondern von der Natur des positiven Rechts und seiner Fortbildung entlehnt, müssen sie ihre geschichtliche und als den Inhalt des Rechts wiedergebend, ihre innere Rechtfertigung in sich selbst haben. Was also das Motiv des Gesetzgebers gewesen, eine Bestimmung eines gewissen Inhalts und einer gewissen Art zu treffen, von den frühern Rechtsbestimmungen ganz oder theilweise abzuweichen, eine Strafart auszuschliessen oder aufzunehmen, eine Handlung für strafbar und unter gewissen Umständen im höhern oder geringern Grade etc. zu erklären, dieß muß entweder in allgemeinen Grundsätzen oder in der Berücksichtigung besonderer, in diesem Lande jetzt obwaltender Verhältnisse seine Erklärung finden. So ist es denn nicht eine individuelle Meinung, sondern eine Wahrheit, die, ihrer Natur zu Folge, allgemein und Gemeingut und auf dem Wege der Wissenschaft, der praktischen Bildung und der politischen Würdigung in dem Gesetze erkennbar seyn muß. Wäre es anders, vermöchte auf keine Weise von Andern das Gesetz als nothwendig und gerechtfertigt eingesehen zu werden, — läge demselben ein Motiv zu Grunde, welches weder die Gerechtigkeit darböte, noch das praktische Bedürfnis erklärte, dessen Inhalt der wissenschaftlichen und politischen Anschauung fremd bliebe, so würde dieser Umstand dem Gesetze, als nicht angemessen, sofort das Urtheil sprechen. Ein Motiv, welches lediglich und ausschliessend dem Verfasser des Gesetzentwurfes angehörte, würde eben

deshalb an sich so wenig auf allgemeine Anerkennung rechnen dürfen, als es selbst das dadurch veranlafte Gesetz zu rechtfertigen vermöchte. Es kann also, wenn ein solches sich nicht als bloßes Product der Willkür erzeigen soll, nicht die Rede seyn von überraschenden, ganz ungeahneten Beweggründen, vielmehr muß es möglich seyn, jene innere Rechtfertigung in dem Inhalte und Ausdrucke selbst zu finden. Damit will ich keineswegs gesagt haben, daß nicht die Mittheilung der Motive von besonderem Werthe seyn könne. Das Gesetzbuch hat eine allgemeinere Bestimmung auch für das nicht juristische Publicum, und selbst diesem wird nicht Alles aufser Zweifel seyn, zumal wenn entweder über den Gegenstand einzelner Satzungen eine Streitfrage Statt findet, oder doch eine erhebliche Verschiedenheit der Meinungen, oder wenn jene sich auf Voraussetzungen gründet, die als relative Nothwendigkeit und mehr äußere Rechtfertigung zwar Denen bekannt sind, welche auf dem höchsten Standpuncte der Staats- und Rechtsverwaltung die erforderliche Erfahrung gemacht haben, nicht aber den Uebrigen, welchen eine solche, ohne Vermittelung nicht zu erlangende Einsicht gebricht. Eine Beruhigung kann überhaupt die Kenntniß der Motive gewähren, so daß das Gesetz besser gewürdigt und bei Denen, die es anzuwenden haben, wie bei Denen, auf welche es angewendet wird oder werden soll, die Ueberzeugung seiner Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit dem Vertrauen zur Seite stehen, mit welchem die Anordnungen einer wohlwollenden Regierung aufgenommen werden. Auch wird den Motiven eine wissenschaftliche Bedeutung, der Werth eines Hilfsmittels für die Auslegung so wenig abgesprochen werden können, als den Berathungen in den Gesetzcommissionen und bei den verschiedenen mitwirkenden Behörden, oder in den ständischen Versammlungen. Aber für die Anwendung des Gesetzes, welches einen andern selbstständigen Grund seiner Giltig-

keit hat, muß hiervon stets mit der größten Vorsicht Gebrauch gemacht werden ⁸⁰⁾). Die Selbstständigkeit der Rechtspflege äußert sich auch darin, daß der Richter nur dem Gesetze und seiner gewissenhaften rechtlichen Ueberzeugung, nicht Autoritäten als solchen, folge und auf dieses wesentliche Erforderniß muß auch die Gesetzgebung von ihrem Beginne an hinarbeiten. Es thut dem wissenschaftlichen Charakter des Rechts und der Rechtsbildung unserer Zeit keinen Eintrag, wenn man verlangt, daß das Gesetz in passender Form gefaßt, deutlich, verständlich nicht bloß für den Rechtsgelehrten und so beschaffen sei, um nicht erst einer Erklärung durch besondere, von Außen zu entlehnende Hilfsmittel zu bedürfen. Vollends wenn diese nicht allgemein und Allen erreichbar sind. Wenn z. B. bei wissenschaftlichen Arbeiten über einzelne Theile und Lehren unseres gesetzlichen Rechts mit gebührender Anerkennung die Bereitwilligkeit gerühmt wird, mit welcher den Verfassern die nicht veröffentlichten Materialien aus den Archiven der Justizministerien mitgetheilt oder sonst der Zutritt und die Benutzung gestattet worden sei, so wird man gern im Interesse der Wissenschaft, der Geschichte des Rechts etc. in den Dank einstimmen. Sollten aber dadurch Entdeckungen gemacht und Aufschlüsse gegeben werden, die nur erst eine gerechte und sichere Anwendung der Gesetze herbeiführen, die die betrübende Gewissheit zur Folge hätten, die Gesetzgebung sei bis dahin nicht verstanden, nicht richtig angewendet worden, so würde ein solcher Zustand, der nur die Mangelhaftigkeit nicht bloß bei den Individuen, sondern der ganzen Einrichtung offenbarte, nicht genug beklagt werden können. Und zwar um so mehr, je mehr

30) Vergl. die höchst beachtenswerthe Vorrede von Hufnagel zu dem angef. Commentar Th. II. und meine Bemerkungen darüber in der Allg. L. Z. 1843, Ergänzungsblätter. August. Nr. 69 — 72. S. 546 fg.

es als Sache des Zufalls erscheint, ob Jemand einer solchen Arbeit überhaupt sich zu unterziehen Neigung und Beruf fühlen, ob er den geeigneten Weg einschlagen, jene Hilfsmittel zu erhalten und ob er die gehoffte Unterstützung finden werde. Davon gar nicht zu sprechen, mit welchem ungleichen Erfolge für die Sache selbst im günstigsten Falle gearbeitet werde.

Ich besorge nicht, mißverstanden zu werden. Es ist mir bekannt, was auf solche Weise geleistet worden, nicht minder, mit welchem hohen Grade von Wohlwollen und Theilnahme an tiefen wissenschaftlichen Untersuchungen auf dem erwähnten Gebiete selbst zum Heile einer sich immer mehr läuternden Praxis, besonders in Preussen, von Seiten der Justizministerien den Wünschen der Rechtskundigen entsprochen wird, und man kann es nicht hoch genug anschlagen, wenn das Bedürfnis einer tiefern Kenntniss der Sache, eines genauern Eingehens in die Entstehungsgeschichte des Landesrechts durch das wissenschaftliche Interesse hervorgerufen wird und dadurch eine lebendige Theilnahme an dem Rechte überhaupt geweckt und unterhalten wird. Aber Alles dieses läßt sich gar wohl mit der Forderung vereinigen, die wir nothwendig aufstellen, daß die Handhabung der Gerechtigkeit, so weit sie von dem Daseyn und der Geltung der Gesetze abhängt, auf eine selbstständige, nicht erst vom Zufalle abhängige Grundlage gebaut werden. Niemand wird, um dieses theilweise zu widerlegen, sich auf die Schicksale des Studiums des römischen Rechts, in'sbesondere in der neuern Zeit, berufen dürfen. Schon die Voraussetzungen, die eigenthümliche Beschaffenheit desselben im Ganzen und in den einzelnen Bestandtheilen, die Natur eines in fremder Sprache, bei einem andern Volke und in weit entfernter Zeit herangebildeten Rechts und vieles andere damit in Verbindung Stehende verbieten es, hier eine Analogie anzunehmen. Allerdings sind wir durch die Fortschritte der

Wissenschaft des Rechts und der Hilfswissenschaften jetzt in der Lage, Vieles besser zu verstehen, als die Glossatoren und deren Nachfolger: es sind die Theorien berichtigt und Irrthümer als solche erkannt worden. Und unleugbar hat die, wenn auch nicht überall zufällige Entdeckung lange verborgen gewesener Quellen, z. B. der echten Institutionen des Gaius, durch Erweiterung der geschichtlichen Kenntniss und der Einsicht in den bewundernswürdigen innern Zusammenhang des römischen Rechtssystems, auch für die richtige und gerechte Anwendung des gemeinen bürgerlichen Rechts unberechenbaren Gewinn gebracht. Das römische Privatrecht, wie es heute gelehrt und angewendet wird, ist in der That ein vielfach verschiedenes von dem, was vor einem halben Jahrhunderte als solches gegeben wurde. Aber dieser nothwendige Zustand ist es aber nicht für das einheimische Recht unserer Zeit. Die stille Wirkung der Geschichte, an welche überall angeknüpft werden muß, ist auch hier vorhanden; aber die Geschichte selbst ist nicht verborgen und am Wenigsten dürfen ihre praktischen Ergebnisse, welche die Gesetzgebung ausspricht, ungelöste Räthsel seyn.

So werden wir denn, auch ohne Kenntniss der Motive, zunächst anzunehmen haben, daß das Gerechtigkeitsprinzip in der Bedeutung, die demselben hier zukommt, das des Entwurfs sei. Es bedarf nicht eines Eingehens in den noch immer nicht geschlichteten Streit der Strafrechtstheorien und in die von verschiedenen Seiten vorgebrachten Einwendungen gegen den Grundsatz der Gerechtigkeit, die zum Theil irrig, zum Theil, wo sie einige Geltung haben, gegen eine Auffassung der Gerechtigkeit gerichtet sind, welche wesentlich von dem wahrhaften Principe abweicht. Nicht von rächender Vergeltung, nicht von einer, außerhalb menschlicher Macht und Befugniss liegenden, überweltlichen Gerechtigkeit kann die Rede seyn, — aber daß es auf Gerechtigkeit bei der gan-

zen Gesetzgebung und Rechtspflege und auf gleiche Weise im Gebiete des bürgerlichen wie des peinlichen Rechts ankomme, darüber muß man sich bestimmte Rechenschaft geben. Die Schwierigkeit, diese auf eine Weise zu begründen, welche allgemeine Zustimmung fände, kann so wenig ein Grund dagegen seyn, als die andere, dem Ziele, das hiernach für die Ausübung gegeben ist, völlig nahe zu kommen. Und jeden Falls wäre es der schlimmste Ausweg, den eine Gesetzgebung ergreifen könnte, wenn sie dem Beispiele derjenigen Theoretiker folgte, welche in der Verzweiflung die Gerechtigkeit aufgeben und irgend eine so gut als möglich deducirte Rücksicht, z. B. des Nutzens, der Abschreckung etc., an die Stelle derselben setzen ³¹).

Nur Zweierlei ist für unsere Kritik zu erinnern. Man verwechselt nicht selten den Rechtsgrund, auf welchem die Strafe beruht, mit dem Zwecke derselben. In'sbesondere gehen die Vertheidiger der s. g. relativen Theorien von dem Zwecke aus z. B. der Sicherung, Zuvorkommung, Nothwehr, Abschreckung, und kommen dann erst von diesem zu der (wenigstens versuchten) Rechtfertigung desselben und der dazu anzuwendenden Mittel, was dann den Rechtsgrund darstellen soll und wobei von der Gerechtigkeit entweder gar nicht oder doch nur mittelst einer Inconsequenz die Rede ist, welche den Sieg der nicht ganz zurückzudrängenden Wahrheit bekundet. Dabei oft

31) Vergl. meine Schrift: „Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte“ und meine Betrachtungen in den krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. 1843. Heft V. S. 385 fg. und die oben Note 25. angef. Abhandlung, woselbst sich weitere literarische Nachweisungen finden. Die neueste Schrift ist von Hepp: Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme etc. Heidelberg 1843.

oft sogar eine gewisse, kaum zu erklärende, aber ohne Hehl ausgesprochene Geringschätzung des Gerechtigkeitsprincips, welches verdächtigt und beschuldigt wird, an der Strafe als Rache eine verwerfliche Genugthuung zu finden, oder auf unstatthafte Weise die Theokratie im Gebiete des weltlichen Strafrechts geltend zu machen, — ein Vorwurf, der nicht schon deshalb gegründet ist, weil etwa — das Recht überhaupt auch als göttliches aufgefaßt und als solches abgeleitet und verehrt wird.

Grund und demnach Princip des Strafrechts kann nur die Gerechtigkeit seyn. Eben diese und nichts Anderes für sich, sondern nur so weit es auf jener Grundlage beruht und von dem Principe aufgenommen wird, kann der Zweck seyn. Nun kann auch ein ernstlicher Streit nicht darüber Statt finden, daß, wie das Strafrecht überhaupt, so auch das preussische auf dem Principe der Gerechtigkeit beruhe³²⁾. Nicht kann in einem Staate diese, in dem andern eine andere Grundlage seyn, nicht in dem Staate und in einem bestimmten zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene Grundlage und so beispielsweise mit einer neuern Gesetzgebung oder einem neuern Entwurfe eine andere, bisher nicht ausgesprochene angenommen werden. Es ist eine andere Frage, ob diese Wahrheit (und daß diese eine solche sei, welche die Gesetzgebung nicht erst bestimmt, sondern die von ihr unabhängig und älter, als sie und als jede, die nothwendige Anerkennung fordert und sich unmittelbar geltend macht, ist zu allen Zeiten erkannt) zum Bewußtseyn gelangt und wissenschaftlich festgestellt sei. Unsere Zeit ist sich aber derselben bewußt und sie wird dadurch auch gesichert seyn gegen die möglichen Widersprüche, die sie vornehmlich von dem zweiten Standpuncte aus, dem des Zwecks,

32) S. oben Note 5. und 6. und meine Geschichte der preussischen Strafgesetzgeb. S. 186. und daselbst Note 262. 263.

den man mit dem Grunde, wie gesagt, verwechselt, erfahren hat.

Der Zweck nämlich — und dieß ist das Andere, was ich glaube erinnern zu dürfen, — ist zwar auch nur die Gerechtigkeit, aber diese selbst modificirt, indem Theils mit ihr vereinbare Nebenzwecke für zulässig erkannt werden, Theils gewisse Folgen, welche die Strafe und schon die bloße Drohung, ja überhaupt das Bestehen der Strafgesetzgebung und der Strafanstalt haben kann und deren Berücksichtigung erlaubt und Pflicht ist, — von mancher Seite zur Hauptsache gemacht werden ³³). Der gemeine Verstand hält sich an solche, weil sie mehr erkennbar hervortreten, auch durch vielfache Interessen bedingt werden, während die Gerechtigkeit mehr nur geahnet und durch das richtige Gefühl erkannt wird. So erklärt sich, wie ältere Gesetzgebungen, so sehr sie auch den Grundsatz der Gerechtigkeit, dessen Nothwendigkeit sich behauptet, selbst ausdrücklich anerkennen ³⁴), doch andere Momente, zumeist das der Abschreckung, als die wichtigeren hervorheben. Und noch mehr findet man in älteren und neueren Gesetzgebungen, daß, — abgesehen davon, was etwa gelegentlich als Zweck ausgesprochen worden und ob dieses die Gerechtigkeit oder eine Nützlichkeitserücksicht sei, — in der Ausführung, in den Strafsatzungen und den Bestimmungen über die Zumessung der Strafen sich jene politischen Rücksichten und nicht selten auf Kosten des Rechts wirksam erzeugen. Die s. g. Strafrechtstheorien haben daran ihren Antheil, und es muß die Aufgabe der Gesetzgebung unserer Zeit seyn, das Gerechtigkeitsprincip in seiner wahrhaften Bedeutung und in seinem ganzen Umfange zur Geltung zu bringen.

Wenn man aber in neueren Gesetzgebungen das eine

33) Meine Strafrechtstheorien S. 32 fg.

34) P. G.O. Art. 104. Meine Strafrechtstheor. S. 74 fg. 119 fg.

oder andere Moment als Princip zu erkennen glaubt, so hat dieß eine zweifache Ursache. Die eine ist, daß man weiß, der Verfasser des Entwurfs huldige einer bestimmten Theorie. Das wichtigste Beispiel bietet das von Feuerbach, dem scharfsinnigen Vertheidiger der s. g. psychologischen Zwangstheorie, entworfene baierische Strafgesetzbuch, wo sogar ursprünglich im Entwurfe geradezu im Art. 6. ausgesprochen war, der Schuldige solle zur Abschreckung gestraft werden; was bei der Redaction mit Recht hinweggelassen und wobei durch die officialen Anmerkungen dem möglichen Mißverständnisse begegnet wurde, als sei demnach jene, nur nicht gesetzlich erklärte Theorie stillschweigend vorauszusetzen ³⁵). Die Folge hiervon kann mit der andern Ursache eines solchen Urtheils zusammenfallen, in sofern man aus dem Inhalte des Gesetzbuches den Einfluß einer bestimmten Ansicht erkennt. Und allerdings finden wir nicht bloß in älteren einheimischen Gesetzen, sondern in neuern und neuesten nicht selten geradezu erklärt, es mache das Ueberhandnehmen gewisser Verbrechen eine größere Abschreckung etc. nothwendig. Demnach muß man hier vorsichtig seyn und nicht sofort die Behauptung — als Thatsache oder als Vorwurf — aufstellen, eine Gesetzgebung habe die Abschreckung als Zweck erkannt und von dieser Rücksicht aus die Straforten und Mafse angeordnet. Dieß hat man nämlich von dem jetzt geltenden preussischen Strafrechte gesagt. Ich habe aber die Unrichtigkeit dieser Annahme nachgewiesen, zu welcher man nicht schon deshalb berechtigt ist, weil gelegentlich und bei einzelnen Strafbestimmungen eine solche Behauptung ihre Bestätigung findet ³⁶). Praktisch ist es nämlich keineswegs gleichgiltig, wie man die Sache

5 *

35) Strafrechtstheorien S. 167. Note 193.

36) S. oben Note 32.

auffasst, indem es nicht eine s. g. müssige theoretische Speculation ist. Da nämlich aus dem Principe und Zwecke sich die leitenden Regeln für den Richter für alle die Fälle ergeben, welche seinem Ermessen eine gewisse Freiheit gestatten, und da dieser hier nicht seiner Willkür, auch nicht derjenigen Willkür folgen darf, welche er seiner individualen wissenschaftlichen Ueberzeugung nach für die richtige hält; da vielmehr das Gesetz und dessen Geist für ihn maßgebend seyn muß, so wird er die hier angenommene Theorie zu Grunde zu legen haben ³⁷⁾. So muß er sich also Rechenschaft geben, welches diese sei, und da würde es zu einer großen Ungerechtigkeit führen, wenn er glaubt, sich bei Zumessung der Strafe durch das Princip z. B. der Abschreckung leiten lassen zu müssen. Es ist darum von hoher Wichtigkeit, daß die Motive zu einigen neueren Strafgesetzgebungen, z. B. in Baden, erklärt haben, die Gerechtigkeit werde als Grundsatz und Zweck erkannt ³⁸⁾, wenn gleich, wie gesagt, dieses schon überhaupt angenommen werden muß. Es ist darum auch für den preussischen Entwurf dasselbe anzuerkennen. Der Vorwurf, derselbe sei auf das Abschreckungsprincip gebaut, ist nicht gerechtfertigt. Will man dafür die theilweise Strenge der Strafe anführen, welche zuweilen das frühere und bisherige Recht und vielfach die anderen deutschen Gesetzgebungen überbietet, so läßt sich diese — man möge sie billigen oder nicht — jeden Falls auch aus andern Rücksichten erklären, oder es kann zugestanden werden, daß bei einzelnen Satzungen sich jene Rück-

37) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 140. S. 215.

38) Meine kritischen Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großh. Baden S. 10 fg. vergl. mit Hufnagel Comment. Th. I. S. 2. Breidenbach Comment. S. 146 fg.: „Dem Principe der Gerechtigkeit huldigen mehr oder weniger ausnahmslos die neueren Strafgesetzbücher, darunter das hessische.“

sicht wirksam geäußert habe, ohne daß daraus ein allgemeiner Schluss gezogen werden dürfte. Ja selbst das Gerechtigkeitsprincip, welches doch immer in der Anwendung auf gegebene Verhältnisse und Voraussetzungen seine nähere Bestimmung erhält, führt nicht nothwendig überall auf die größte Milde; es kann eine grössere, als die bisher angenommene Reaction fordern, und der Mafsstab bleibt um so mehr relativ, als die Momente, welche es gebieten, durch Drohung ein abhaltendes Motiv zu geben, oder der Gefährlichkeit der Handlung für die Sicherheit und Rechtsordnung entgegenzutreten, in der verbrecherischen Handlung selbst enthalten sind und sich daher auch bei der Strafe geltend machen, zu Folge des Grundsatzes der Gerechtigkeit, Jeden nach seiner Schuld zu beurtheilen ³⁹). Nur nicht für sich und ausschliessend, nicht ohne die Gerechtigkeit oder ausserhalb derselben dürfen jene Momente Geltung haben. Sind sie nicht in der Handlung, so dürfen sie auch für die Strafe nicht in Betracht kommen. Es würde die Grenzen dieser Abhandlung überschreiten, wenn ich dieses weiter ausführen wollte. Nur dieses stelle ich noch zur Erwägung anheim. Wenn nach den Forderungen unserer Zeit, der Bildung, der Humanität und der Religiosität von einer besonders hervorzuhebenden Rücksicht die Rede seyn soll, so muß dieses die der Besserung des Gefallenen seyn. Aber Besserung, abgesehen, daß die Mittel zu derselben ganz andere seien, ist keine Strafe und nicht Rechtsgrund der Strafe; sie ist eine Wohlthat und Pflicht gegen den zu Folge der Gerechtigkeit gerecht zu Bestrafenden, und so wie sie einer Seits nothwendig berücksichtigt werden muß und durch die Gerechtigkeit selbst es geboten wird, der Anwendung der rechtlich verwirkten Strafe eine Einrichtung zu geben, welche die Besserung möglich macht

39) Mein angef. Lehrb. §. 49. 57. 70 fg.

und herbeizuführen geeignet und bestimmt ist, so wird sie anderer Seits ihre nothwendige Grenze an jenem höhern Principe finden, dem zu Folge der Schuldige die verdiente Strafe zu büßen habe ⁴⁰). Wäre die Besserung mehr als ein zu der Strafe hinzutretendes höchst beachtenswerthes Moment, wäre sie das Princip und könnte, was nicht möglich ist, sie als solches erwiesen und gerechtfertigt werden, — wobei dann noch zu fragen wäre, ob nur Verbrecher oder nicht vielmehr auch Andere, der Besserung Bedürftige, ihr zu unterwerfen seien und ob dazu die Strafe ein überall zweckmäßiges und gerechtfertigtes Mittel sei? — so würde sich folgerichtig ergeben, daß die Strafrechtspflege in eine bloße Verwaltungsmaßregel überginge, daß eine Strafgesetzgebung ganz hinwegfallen und nur die einfache Bestimmung aufgestellt werden müßte, der Schuldige, Gefallene sei der auf Besserung berechneten Zwangsdisciplin, welche sich selbst nach dem besondern Bedürfnisse zu richten hätte, so lange zu unterwerfen, bis die genügende Ueberzeugung erlangt sei, daß das Ziel erreicht worden.

Man wird also einverstanden seyn, daß das in unsern Strafanstalten immer mehr sich ausbreitende Pönitentiar-system die größte Beförderung verdiene, aber nicht anders, als nach der Gerechtigkeit. Wie diesem Ausspruche zu genügen sei, habe ich unlängst auszuführen gesucht ⁴¹). Die Gerechtigkeit läßt aber nicht nur den Nebenzweck der Besserung zu, sie fordert denselben und macht es zur Pflicht, bei der Strafgesetzgebung dieses Ziel, so weit es rechtlich möglich ist, stets vor Augen zu haben und durch geeignete Strafanstalten zu sorgen, daß es gründlich er-

40) Meine Strafrechtstheorien S. 50 fg. Meine Abhandl.: „Ueber das Verhältniß des Pönitentiar-Systems zum Strafrechtsprincipe in der Note 25. angef. Zeitschrift. 1843. III. Bd. IV. Heft. Nr. XX. S. 387 fg.

41) S. die Note 40. angef. Abhandl.

reicht werde. In unseren Tagen hat das hierauf gerichtete Bestreben nicht nur die Regierungen, sondern auch Privatvereine beschäftigt. Man darf also und nach den gemachten Erfahrungen in Preussen der Hoffnung sich hingeben, daß die Gesetzgebung diese Rücksicht in dem nothwendigen Umfange anerkennen und deren Verwirklichung sich angelegen lassen seyn, auch Anordnungen treffen werde, die es den von ihr bestätigten und mit Corporationsrechten beliehenen Vereinen auch möglich machen, mit Erfolg ihre segensreichen Bemühungen anzustellen ⁴²⁾. Das Nähere würde der Strafprocessordnung und dem Gesetze über die Einrichtung der Strafanstalten angehören. Daß aber auch die materiale Gesetzgebung mit durch jene Rücksicht bestimmt werden müsse, ist nicht zu bestreiten. Auch die Kritik, namentlich der Strafgrößen, welche angenommen sind, erfordert eine Kenntniß der Einrichtungen für die Ausführung. Auf diesen Punct und wie weit durch die allgemeinen Bestimmungen jener Forderung entsprochen sei, werde ich später zurückkommen.

Auch über Form und Inhalt des Entwurfes ist schon hier Einiges zu bemerken, mit Vorbehalt Dessen, was bei Gelegenheit der besondern Lehren und Bestimmungen zu erinnern seyn wird.

Der Entwurf ist im Ganzen durch zweckmäßige Kürze ausgezeichnet, welche noch in höherem Grade Statt finden könnte, wenn die Policei-Uebertretungen ganz ausgeschieden würden. Diese Kürze hat ihren Grund Theils in angemessener Beschränkung des Gebietes des Crimina-

42) Vergl. den von mir erstatteten: „Ersten Bericht des Vereins für die Besserung der Strafgefangenen in der Provinz Schlesien.“ Breslau 1843. S. 20 fg., und daselbst: „Vortrag des Präsidenten Hendrich“ S. 5. Bei dieser Gelegenheit ist mir angenehm, der Jahrbücher der Gefängnißkunde und Besserungsanstalten von Julius, Nöllner und Varrentrapp (bis jetzt drei Bände) anerkennend zu gedenken.

len — ich möchte diese noch mehr beobachtet sehen, — Theils in der Fassung der einzelnen §§., deren einige jedoch der Vorwurf zu großer Weitläufigkeit trifft. Diefes schadet nicht selten der Verständlichkeit und wird besonders dann, eben so wie die häufige Berufung auf Strafgesetze, die der Entwurf selbst nicht aufgenommen hat, eine Schwierigkeit herbeiführen, wenn die Proceßordnung, in'sbesondere sofern ein mündliches Verfahren und Urtheilen eintreten sollte, die Forderung aufstellen wird, daß die Gesetzesstellen, auf welche die Entscheidung gegründet wird, wörtlich angeführt werden sollen ⁴³⁾. Sonst ist die Sprache einfach, würdig ⁴⁴⁾ und Fremdwörter sind meist vermieden. Dennoch ist durch die Fassung nicht stets möglichen Mißverständnissen vorgebeugt, zuweilen ist geradezu etwas Anderes in den Worten ausgedrückt, als hätte gesagt werden sollen ⁴⁵⁾. Ohne Zweifel ist die Absicht, in dem Gesetzbuche nicht bloß eine Instruction für den Richter zu ertheilen, sondern auch dem Volke das Strafrecht zur Kenntniß zu bringen, es zu belehren, welche Handlungen etc. zu vermeiden seien, und in den Stand zu setzen, selbst zu beurtheilen, daß nach Gerechtigkeit die Schuld geahndet werde. Wir müssen dieses annehmen, obschon es nirgends ausdrücklich gesagt ist, — es ist dieses eine in der Gerechtigkeit selbst gegründete Forderung, es beruht darauf die Erwartung, daß auch die Strafdrohung schon eine Wirkung haben werde; es bedingt dieses unser Bildungsstand. Faßt man dieses in's Auge, so wird sich

43) Wie es jetzt schon bei den Erkenntnissen und den Acten-Auszügen, welche den Begnadigungsgesuchen beizufügen sind, vorgeschrieben ist. Vergl. Temme I. S. 29.

44) Die Einfachheit und edle Sprache der C. C. C. bezeichnet auch v. Savigny: Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft S. 54. als unübertroffen.

45) Belege werden bei den betreffenden Stellen angeführt werden.

leichter entscheiden lassen, wie weit die Vorwürfe gegründet seien, welche dem Entwurfe gemacht werden, einer Seits, daß er, zu sehr auf wissenschaftlicher Grundlage beruhend, doch dem Volke nicht allgemein verständlich und zugänglich seyn werde, anderer Seits, daß er, für rechtsgelehrte Richter bestimmt, zu viele doctrinale Grundsätze und Anweisungen enthalte, welche, als für jene entbehrlich vorausgesetzt und der Wissenschaft überlassen werden dürften, ja deren Aufnahme nicht selten bedenklich sei. Es sind diese zum Theil einander entgegengesetzte und von verschiedenen Seiten vorgebrachte Anklagen noch durch andere Gründe unterstützt worden und von den Standpuncten entlehnt, deren bereits gedacht worden ist. Demnach wird hier die doctrinale Form, die Aufstellung zu vieler allgemeiner Bestimmungen — und dabei ein zu weit getriebenes s. g. Generalisiren getadelt, die Verwechslung Dessen, was in ein Gesetz - und was in ein Lehrbuch gehöre, die zu grofse Freiheit, die dem richterlichen Ermessen gewährt sei, das Schwankende der der verschiedensten Auslegung Raum gebenden Fassung mancher Anordnungen, der Mangel an Präcision etc., während auf der andern Seite eine zu weit getriebene Specialisirung, eine ängstliche Sorge der Bestimmtheit, welche die concrete Beurtheilung beeinträchtige und was damit in Verbindung steht, — mißbilligend erwähnt wird.

Die Aufgabe für Preussen ist aber auch in der erwähnten Hinsicht schwerer, als irgendwo, da selbst auf diese Puncte sich die Gegensätze der deutschen und französischen Gesetzgebung, der politischen Ansichten etc. beziehen. Und auch für die Kritik wird es nicht minder schwer, den rechten Standpunct einzunehmen, wo die Unparteilichkeit nicht überall für eine Tugend erkannt wird. Wollte der Entwurf einen Mittelweg einschlagen zwischen dem hergebrachten, einheimischen, wenn schon weiter fortgebildeten und dem französischen Rechte, so wird nicht

geleugnet werden dürfen, daß dieser Theils nicht selten verfehlt, Theils überhaupt nicht überall zu empfehlen sei. So ist denn von keiner Seite eine, wenigstens im Ganzen zustimmende Erklärung erfolgt, und die Erwartungen, die da oder dort gehegt wurden, sind nicht befriedigt. Es betrifft dieses freilich mehr den Inhalt, welcher aber von der Form nicht wohl zu trennen ist. Von diesem wird weiter unten gehandelt werden, nur über den Vorwurf oder die Forderung doctrinaler Fassung des Einzelnen und des Systems will ich Folgendes bemerken.

Es versteht sich, daß der Entwurf und das Gesetzbuch die Wissenschaft voraussetzen müsse. Er muß aus derselben hervorgehen und durch dieselbe erläutert werden. Er soll nicht eine Theorie aufstellen in dem gewöhnlichen Sinne, aber eine wahrhafte Theorie soll in ihm erkennbar seyn. Diefs steht nicht im Widerspruche mit seiner praktischen und volksmässigen Bestimmung. Während man auf der einen Seite verlangt, es solle der Wissenschaft nicht zu Viel überlassen und jede anzuwendende Bestimmung möglichst genau in das Gesetzbuch aufgenommen werden, tadelt man es auf der andern, daß man der Wissenschaft und ihrem Einflusse auf die Richter zu Wenig vertraue und Belehrungen ertheile, welche zu empfangen er sich fast schämen müsse. Wäre dem so, — es würde der kleinere Nachtheil seyn gegen den Gewinn größerer Rechtssicherheit, gleichmässiger Rechtspflege und eines guten Einflusses auf das Volk, sofern auf diese durch Gesetze zu rechnen ist. Es muß aber möglich seyn, einem in treffender Kürze gefaßten Gesetzbuche mit praktischen Sätzen die Form und Fassung zu geben, welche, ohne sich unmittelbar als wissenschaftliche darzustellen, doch überall die Wissenschaft als eins der bestimmenden Elemente hindurchscheinen und erkennen lasse. In welchem Sinne Wissenschaft hier genommen werde, welche Anforderungen an sie gemacht werden und welche An-

sprüche sie selbst auf Berücksichtigung habe, und daß sie es sei, welche auch die Ergebnisse der andern mitwirkenden Elemente zu begründen und durch ihren Gehalt zu unterstützen habe, ist früher angedeutet worden. Es ist nicht nöthig, wie es von mehreren Seiten geschehen, eine Furcht vor der Wissenschaft zu hegen, sei es, daß man sie gar nicht will und ihr jeden Einfluß bestreitet, wie es die Meinung Einiger zu seyn scheint, oder daß man sie wenigstens hier für entbehrlich hält, weil sie sich auf anderem Wege, als im Gesetzbuche, wirksam äußern müsse, wie Andere behaupten. Wir meinen aber nicht eine Wissenschaft, der das Recht gleichgiltig wäre, — das ist nicht die wahre, — sondern die das Gerechte zum Inhalte hat. Sie ist es, die zugleich Alles das erkennen lehrt, was rechtlich bei der Gesetzgebung zu berücksichtigen ist. Der Irrthum Derer, welche, um den Schein des Doctrinalen zu vermeiden, in das Extrem verfallen, auf jeden logischen Zusammenhang, jede Folgerung Verzicht zu leisten, ist dem vergleichbar, den Schwierigkeiten des Systems durch eine völlige Planlosigkeit zu begegnen und ein ungeordnetes willkürliches Aneinanderreihen der Titel oder Capitel für einen Vorzug zu halten. Als ob es ein Gewinn für die Sache, für deren angemessene Darstellung und Anwendung seyn könnte, wenn man die Harmonie von Form und Inhalt, die würdige Fassung und die praktische Tendenz für unvereinbar erklärt ⁴⁶⁾. Der Entwurf läßt hier Viel zu wünschen übrig: er hat auch da wieder einen nicht überall glücklichen Mittelweg eingeschlagen, so daß ihm bald zur Last gelegt wird, dem Streben nach der schönen Form und Sprache sei das Wesen geopfert und

46) Meine „Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besondern Theils des deutschen Strafrechts, im Verhältnisse zu den Quellen des positiven Rechts“ im Archive des Criminalrechts. 1835. S. 367 fg.

die Deutlichkeit und Genauigkeit; bald umgekehrt, es sei die Sprache vernachlässigt und der Form zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Gleichgiltig ist dieß keineswegs. Wie viel Zweifel und Streitfragen können vermieden werden, wenn man die gebührende Sorgfalt darauf verwendet, die klar gedachten Vorstellungen auch in entsprechender Weise auszudrücken! Vergessen wir nicht, daß die Schönheit, die Symmetrie der Anordnung des Ganzen und seiner Theile und der Durchführung bis in's Einzelne zugleich die Erfüllung einer logischen Forderung sei, und daß damit denn auch eine Beziehung auf den Inhalt anerkannt werde. Allerdings müssen Fehler nach der einen Seite auch auf die andere nachtheilig wirken. Aber sie werden nicht durch ein Verfahren vermieden, welches jene Rücksichten ganz bei Seite setzt. Man will die Verbindung gewisser Kategorieen von Verbrechen oder deren Trennung im Gegensatze zu andern — das s. g. theoretische Systematisiren — für gefährlich halten, sofern daran gewisse praktische geknüpft werden sollen. Ich kann dieß zugeben und unbedingt, wenn dabei erweislich dem Inhalte Unrecht geschieht. Aber es wird dieses weniger durch die äußere Stellung geschehen oder vermieden, und am Wenigsten durch die Willkür, mit der Alles geleistet seyn soll, wenn nur jede Erinnerung an ein System verbannt werde. Es sind die Begriffe in ihrem innern Zusammenhange, die sich — die Anordnung möge seyn, welche sie wolle, — nothwendig geltend machen; das System ist das innerliche der Sache selbst: für diese entsteht keine Gefahr, wenn die äußere Anordnung so Viel als möglich diesem sich anschließt; sowie auch im entgegengesetzten Falle die Pflicht nicht wegfällt, den wesentlichen Zusammenhang da wissenschaftlich zu erkennen und herzustellen, wo es praktisch darauf ankommt. Oder: Der Richter ist in seiner pflichtmäßigen Befolgung des Gesetzes nicht gehindert und wird nicht irre gemacht (wie man behauptet

hat), wenn auch das Gesetzbuch ihn durch seine Anordnung auf den wesentlichen Zusammenhang hinweist. Gewöhnlich wird aber System in der äußerlichsten Bedeutung genommen, und wie sich in Lehrbüchern hier Willkür geäußert hat, so kann es wenigstens dem Verfasser eines für die Anwendung bestimmten Gesetzbuches nicht verdacht werden, wenn er sich nicht an jene und nicht an die Rücksichten hält, welche die methodische Entwicklung zum didaktischen Zwecke fordert. Dafs dann an die Stelle der einen Willkür eine andere, nicht mindere trete, ist mindestens erklärlich, wenn auch nicht gerechtfertigt. Ich habe zu zeigen gesucht, wie die meisten Eintheilungen, die wir in den gangbaren Darstellungen finden, entweder in den Quellen und der geschichtlichen Bildung, oder in den Begriffen der Verbrechen und der rechtlichen Folgen derselben gegründet seien ⁴⁷⁾. Dadurch ist freilich eine neuere Gesetzgebung nicht weiter gebunden, als es eben die Natur des Gegenstandes fordert. Aber man möge dann in der Beurtheilung nicht zu streng seyn und nicht mehr Gewicht auf das Daseyn oder den Mangel einer systematischen Anordnung in diesem Sinne legen, als die Rücksicht auf den Inhalt und die praktischen Folgen gebietet. Die Gleichgiltigkeit, mit der man die Sache betrachten möge, ob z. B. ein s. g. allgemeiner und besonderer Theil, oder ein erster und zweiter unterschieden werde, ob man eine eigne Rubrik der Staats- und der Privatverbrechen aufstelle und mit dieser oder jener beginne ⁴⁸⁾, hat ihre Grenze da, wo die logische Richtigkeit oder das Gegentheil die Bedingung der Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Bestimmungen, oder die Veranlassung von fehlerhafter Fassung ist, wo diese, den Rich-

47) S. die vorhergehende Note.

48) Mittermaier: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung. Zweiter Beitrag. Heidelberg 1843. S. 48 fg.

ter bindend oder seiner möglichen Willkür Raum gebend, die Schuld wenigstens theilweise mit trägt, ob er recht urtheile oder nicht.

Erster Theil.

Von Verbrechen und Policeivergehen und deren Bestrafung überhaupt.

Erster Titel.

Von Verbrechen.

Erster Abschnitt.

Von der Anwendung der Strafgesetze.

Gehen wir nun zu dem Entwurfe selbst über, so bieten gleich die ersten Ueberschriften Stoff zu Erinnerungen, deren einige ich nicht deshalb zurückhalten darf, weil sie auch schon von anderen Seiten vorgebracht sind. Der Zusammenhang meiner Abhandlung fordert, daß nichts Erhebliches unberührt bleibe, und wird auch dem bereits Vorgebrachten eine weitere unterstützende Begründung geben.

Die Ueberschriften, die darin ausgedrückten Unterscheidungen und Gegensätze und zum Theil die gebrauchten Bezeichnungen sind logisch nicht gerechtfertigt und bedürfen einer andern Fassung. Was sich hier bemerken liesse, habe ich an einem andern Orte ausgeführt ⁴⁹⁾ und finde jetzt, daß mehrere Beurtheiler des Entwurfes meine Ansicht theilen. Wenn nun im ersten Theile der erste Titel: „Von Verbrechen“ im Gegensatze des zweiten: „Von Policeivergehen“ handelt, — wobei man eine Angabe, was Dieses und Jenes sei, vermisst, so erwartet

49) Kritische Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großh. Baden. S. 16 fg.

man unter dem ersten Titel etwas Anderes, als was nun unmittelbar folgt: Erster Abschnitt. Von der Anwendung der Strafgesetze. Und unter dieser Ueberschrift ist wieder nicht die Rede von Dem, was man sonst darunter versteht und was jeden Falls nicht den Anfang machen kann, wo weder von Verbrechen, noch von Strafen ein Wort gesagt ist ⁵⁰⁾. Sonst könnte zwar ein Theil Dessen, was sich hier findet, seine Stelle behalten, aber unerlässlich sind einige Bestimmungen, die jetzt fehlen. Dafs nach §. 1. alle von preussischen Unterthanen verübte Verbrechen nach den Gesetzen des preussischen Staates zu bestrafen seien, d. h. sofern dieses von preussischen Gerichten geschehen soll, ist eine so sehr sich von selbst verstehende Bestimmung, dafs sie billig andern wichtigern Platz macht. Uebrigens habe ich bereits erinnert, dafs hier gemeint seyn solle nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche und dafs diese concrete Bestimmung an die Stelle der gewählten abstracten treten, auch das Gesetzbuch sich als die nächste Norm ankündigen müsse ⁵¹⁾. Es wäre denkbar, dafs dieses nicht die Meinung des Gesetzgebers sei, dafs vielmehr aufser dem Strafgesetzbuche noch eine Reihe anderer Strafnormen gelten solle, und man könnte dafür das schon so vielfach getadelte Verweisen auf Strafgesetze, die sich an andern Orten publicirt finden, anführen. Und alsdann dürfte man auch kaum die Frage, ob nur solche Handlungen zu ahnden seien, welche im Strafgesetzbuche ausdrücklich verpönt oder die nach wörtlicher Auslegung unter ein solches fallen, bejahend beantworten. Dennoch wird man überwiegende Gründe für die entgegengesetzte Annahme geltend machen können. Je bestrittener auch nach allgemei-

50) Richtiger gewählt sind die Ueberschriften in dem badischen Entwurfe und dem großh. hessischen Gesetzbuche.

51) S. die Note 49. angef. Schrift S. 17. und meine Kritik des norweg'schen Entwurfs S. 29.

nen rechtlichen und politischen Rücksichten die Frage ist, ob nur die Handlungen strafbar seien, welche eine in diesem Gesetzbuche enthaltene Strafbestimmung „dem Wortlaute oder dem Sinne nach“ oder „ausdrücklich oder nach ihrem unverkennbaren Geiste und Sinne“ mit Ahndung bedrohe ⁵²⁾, ob eine Gesetzes- und vollends Rechtsanalogie zulässig seyn soll oder nicht, — um so mehr muß darüber Etwas festgestellt und, um der Willkür der Richter, die leicht die individuelle Freiheit beeinträchtigen könnte, sowie einer Ungleichmäßigkeit der Rechtspflege zu begegnen, — in dem Gesetzbuche ausgesprochen werden. Das Uebergehen dieses wichtigen Punctes ⁵³⁾ ist nicht das geeignete Mittel, um Controversen zu vermeiden. Unsere Zeit scheint sich aus nahe liegenden Gründen für die Gesetzgebung zu der Ansicht zu neigen, welche für das geltende, namentlich gemeine Recht entschieden falsch ist, daß nämlich der Satz *nulla poena und nullum crimen sine lege poenali* im engsten wörtlichen Sinne zu nehmen sei. Es mag dieses seinen Vortheil haben, selbst wenn ein Mal eine unleugbar als Missethat zu würdigende Handlung straflos bleiben sollte: da man Theils die Lücke, sobald sie wahrgenommen, nach Bedürfnis durch ein Gesetz ergänzen, Theils nach dem Standpuncte der legislativen Thätigkeit unserer Zeit sich darüber beruhigen kann, daß nicht leicht ein wahrhaftes Verbrechen übergangen werde ⁵⁴⁾. Wenn das Gesetz zugleich für das Volk eine War-

52) Meine Beiträge zur Kritik des würtemb. Entwurfs S. 19., des sächs. S. 10.

53) S. darüber treffliche Erörterungen von Dr. Breidenbach in dessen: Commentar über das großh. hessische Strafgesetzb. I. Bd. I. Abth. Darmstadt 1842. S. 179 fg. und von Hufnagel a. a. O. Th. I. S. 3 fg.

54) Wächter's Lehrbuch §. 39. Heffter's Lehrbuch §. 23.

Warnung und Belehrung enthalte, wenn es die mögliche Wirkung einer s. g. psychologischen Abschreckung durch die Strafdrohung haben soll, so wird jener Ansicht — für unsere Zeit und politische Verhältnisse der Vorzug zu geben seyn. Dann halte ich es aber für unerläßlich, daß, wenn man die Analogie verbieten und zugleich auf das Rechtsgefühl rechnen will, welches unzweifelhaft gewisse Handlungsweisen verwirft, die in unseren Gesetzgebungen nicht ausdrücklich verpönt sind, — wenigstens der im Rechte gegründete Vortheil nicht aufgegeben werde, welcher gemeinrechtlich — obschon über den Umfang die Meinungen getheilt sind — die Aufstellung von s. g. Aushilfsgesetzen darbietet, die, — von einigen special hervorgehobenen Verbrechensfällen abgesehen, — mehr die Form der ahndungswürdigen Handlung berücksichtigen und es möglich machen, den übrigens sehr mannigfachen Inhalt unter das Gesetz zu stellen. Es gehören dahin die injuria — das strafbare Unrecht überhaupt, welches mehr in sich begreift, als die im engeren Sinne s. g. Ehrenkränkung; der Betrug (*falsum*), der keineswegs bloß auf Vermögensbeeinträchtigung zu beschränken ist, und die Gewalt (*vis*), welche letztere in weiterem Umfange, als die in manchen Gesetzbüchern aufgenommene Nöthigung zu nehmen ist ⁵⁵). Es ist hier nicht der Ort, weiter auszuführen, wie jetzt für manche Verletzungen durchaus keine Rechtshilfe Statt findet, die mit der Rechtsordnung und den Ansprüchen der Bürger unverträglich sind und welche das richtige Urtheil der Gesammtheit für ahndungswürdig erklärt. Gegen die mögliche Besorgniß, es möchte das Daseyn solcher subsidiären Bestimmungen gleichsam als *generalis clausula* die richterliche Willkür begünstigen, würde zunächst der gerechte Sinn der

55) Mein Lehrb. der Strafrechtswissenschaft §. 179. 181. 184 fg. und meine Kritik des badischen Entwurfs S. 103.

Richter Bürgschaft leisten, den man mit unwürdigem Mißtrauen zu bezweifeln gewiß keine Veranlassung hat. Es würde ferner eine nähere Angabe, in welchem solcher allgemein aufgefaßter Fälle regelmäfsig eine Verfolgung von Amtswegen ausgeschlossen und nur auf den Antrag des Verletzten oder Statt seiner zur Klage Berechtigten zu verfahren sei, dem möglichen Mißbrauche entgegenzutreten. Endlich dürfte auch die Weise des Verfahrens, — in'sbesondere eine Einrichtung, der zu Folge ein besonderer Rechtsspruch über die Versetzung in den Stand der Anklage oder Anschuldigung entscheide, die erforderliche Sicherheit darbieten. Dieser Punct verdient eine gröfsere Aufmerksamkeit, als ihm bisher zugewendet worden.

Der erste Titel behandelt aufer dem sich von selbst verstehenden Falle, dafs die in Preussen verübten Verbrechen nach dem preussischen Strafrechte beurtheilt werden, ohne Unterschied auf die Nationalität des Thäters, — auch die Frage, wiefern In- oder Ausländer wegen der im Auslande begangenen Verbrechen zur Verantwortung gezogen werden sollen, mit der gangbaren Unterscheidung, ob das Verbrechen den preussischen Staat oder einen preussischen Unterthan betreffe oder nicht. Der Entwurf geht hier weiter, als ich glaube, dafs es vertheidigt werden könne, weiter, als einige neuere deutsche Gesetzgebungen. Allein ich will über diesen vielfach und auch von Andern schon mit Rücksicht auf den Entwurf besprochenen Gegenstand Nichts weiter bemerken. Es sind dabei übrigens einige, für die Anwendung nicht unerhebliche Fragen unberührt geblieben ⁵⁶⁾ und es würde

⁵⁶⁾ Vergl. F. O. Schwarz, Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für die preuss. Staaten. Halle 1843. (Beilageheft zum Archiv des Criminalrechts) S. 33., welcher dabei auf eine Abhandl. von mir (Archiv des Criminalr. J. 1834. S. 422 fg.) Bezug nimmt. Damit ist zu verbinden eine Abh. von mir in der jurist. Wochenschr. für die preuss. Staaten. J. 1841. Nr. 97 fg.

sich dabei dann gleich Das als praktisch erweisen, was ich so eben über den Umfang und die Auslegung des Gesetzbuches gesagt habe. Dagegen sollen die Bestimmungen, wie sie vorliegen, näher betrachtet werden.

Der §. 2. beginnt: „Auch gegen Ausländer, welche wegen eines im Inlande ⁵⁷⁾ oder Auslande verübten Verbrechens vor den hiesigen Gerichten zur Untersuchung gezogen werden, sind die preussischen Strafgesetze anzuwenden.“ Was die Hauptsache ist, daß sie nämlich zur Untersuchung gezogen werden sollen, wird nur gelegentlich ausgedrückt, indem die Rede ist von der Anwendung preussischer (d. h. der in diesem Gesetzbuche enthaltenen) Strafgesetze. Es könnte also noch namentlich wegen der im Auslande verübten Verbrechen gefragt werden, wann diese bei uns zu ahnden seien, worauf erst §. 3. eine nicht überall ausreichende Antwort ertheilt und einen Vorbehalt macht — die Genehmigung des Justizministers, — gegen den sich Manches erinnern liefse. Aus den Worten „zur Untersuchung gezogen werden,“ könnte man schliessen, es sei bereits entschieden, daß der Untersuchungsproceß in seiner ganzen jetzigen Form beibehalten werde. Ich glaube dieses so wenig, als ich es wünsche. Eine andere Fassung, z. B. „zur Verantwortung gezogen werden,“ würde mit jeder Form des Verfahrens vereinbar seyn.

„Vor den hiesigen Gerichten“ scheint weniger gut gesagt, als „vor preussischen oder vor inländischen Gerichten.“ Hiesig hat eine zu beschränkte örtliche Bedeutung, als daß es von einem ganzen groſsen Staate gebraucht werden könnte. Man möchte, wenn z. B. das Publicationspatent aus einer der königlichen Residenzen

6 *

57) Im Inlande soll hier heißen: „innerhalb der preussischen Staaten.“ Inland wird hier also auf den Richter, nicht auf das Subject bezogen, das im Anfange genannt ist.

datirt werde, in Verbindung mit der §. 3. angegebenen Genehmigung des Justizministers, an ein speciales Forum für Ausländer denken, was hier gewiß nicht beabsichtigt wird.

„Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn die im Auslande begangene, nach den preussischen Gesetzen strafbare Handlung nach den Gesetzen des Auslandes straflos ist und kein Verbrechen gegen den preussischen Staat oder gegen einen preussischen Unterthanen enthält.“

Das „nur“ ist überflüssig. Das zweimalige „nach“ ist schleppend und stört den einfachen Sinn. Der Schlusssatz ist undeutlich. Es würde zunächst erforderlich seyn, nach dem Worte „straflos“ zu setzen: „und wenn sie,“ um dem Mißverständnisse zu begegnen, als solle auch die Frage, ob sie ein Verbrechen gegen den preussischen Staat etc. enthalte, nach den Gesetzen des Auslandes beurtheilt werden. Wie aber, wenn sie dort zwar strafbar, aber in geringerem Grade als in Preussen ist? Die Antwort gibt erst §. 94. mit §. 117., jedoch nicht auf eine Weise, welche jeden Einwand entfernt. Unter preussischen Unterthanen müßten hier doch auch wohl fremde, in Preussen lebende und unter dem zeitigen Schutze der Staatsgesetze stehende Personen verstanden werden?

Die §§. 1. und 4. handeln von preussischen Unterthanen; sie dürften unmittelbar auf einander folgen.

Der §. 5. verfügt: „Unbekanntschaft mit dem Strafgesetze gereicht dem Verbrecher nicht zur Entschuldigung.“

Freilich, wenn er dieses ist. Das ist aber eben die Frage, ob eine Handlung wegen der Unbekanntschaft (mit dem Strafgesetze und was sich daran, obschon zu unterscheiden, knüpft — mit den factischen Umständen, welche eine Handlung strafbar machen können) die Eigenschaft eines Verbrechens nicht annehme, worauf sich die gleich

folgende Ausnahme und einigermaßen der §. 82. bezieht; wenigstens ist es hier und dort dasselbe Princip, welches angewendet wird. Die Wissenschaft wird hier ihren Einfluß behaupten und auch die Zweifel zu lösen haben, welche sich darbieten. Gewiß ist die Absicht nicht, die Fälle gleich zu behandeln, wo schon das natürliche Rechtsgefühl, die durch Erziehung und Religionsunterricht, sowie durch die Erfahrung erlangte Kenntniss die Unerlaubtheit der Handlung einsehen lassen, und die, welche auf rein positiver Vorschrift beruhen und sonst für verwerflich nicht zu halten sind. Wie bestritten auch in der Theorie der Unterschied der s. g. *delicta juris civilis et gentium et juris naturalis* seyn möge, es wohnt demselben ein nicht zu verkennendes Princip inne. Uebrigens kommt es nur auf das Strafgesetz in seiner Eigenschaft als Verbot, nicht auf Kenntniss der Strafe und ihrer Gröfse an.

Dafs die Strafe nicht die privatrechtlichen Folgen der Uebelthat, inbesondere im Verhältnisse zu dem Verletzten aufhebe (§. 6.), ist zwar ein Satz, der sich von selbst versteht und den man im Civilrechte anzuführen kaum für nöthig hält. Dennoch bin ich nicht der Meinung Derer, welche den neuern Gesetzbüchern einen Vorwurf daraus machen, denselben ausdrücklich aufgenommen zu haben.

Zweiter Abschnitt.

Von Strafen.

Es ist hier vielmehr von Strafarten die Rede, wie auch §. 8. anerkennt. Strafe ist Theils das Allgemeine, wovon der erste Titel handelt, Theils die im besondern Falle zuzuerkennende, worüber der siebente Titel die leitenden Regeln angibt und die sodann bei den einzelnen Strafbestimmungen angeführt werden.

Der Satz des §. 7.: „Kein Verbrechen darf mit einer andern, als mit der gesetzlich dafür bestimmten Strafe

oder Strafart belegt werden," erkennt selbst diesen Unterschied an; erst in der Anwendung tritt die Strafe als Strafart hervor. Uebrigens versteht er sich von selbst, und ebenso ist er nicht allgemein richtig, da auch der Entwurf die Nothwendigkeit der Strafverwandlung §. 46. anerkennt. Da aber die Strafe in den seltensten Fällen schon im Voraus eine bestimmte (dieses Wort in der hergebrachten technischen Bedeutung genommen) seyn kann und darf, und es auch nach dem Entwurfe nicht ist, — da vielmehr mit gutem Grunde meist nur s. g. relativ bestimmte oder unbestimmte Strafgesetze vorkommen und die Bestimmung der Strafe erst durch das Urtheil, in Gemäfsheit des allgemein gefafsten Gesetzes erfolgt, welches dem Ermessen und der Berücksichtigung der eigenthümlichen Beschaffenheit des Falles den gehörigen Raum lassen will, so scheint es rathsam, die Worte: „dafür bestimmten" wegzulassen und nur zu sagen: mit der gesetzlichen Strafe und Strafart. Oder Strafart würde entweder eine hier nicht richtige Alternative bezeichnen, oder den Sinn einer theoretischen Erklärung haben.

Alsdann würde §. 8. Statt: „Die zulässigen Strafarten sind:" zu setzen seyn: „die gesetzlichen." Letzterer Ausdruck entspricht, dem vorhergehenden §. sich anschliessend, der Gesetzessprache und bezeichnet deutlicher, dafs hier nicht von blofser Zulässigkeit, sondern von Nothwendigkeit die Rede sei.

In der Reihe der hier aufgezählten Strafarten vermisst man die lebenswierige Zuchthausstrafe. Zwar wird Nr. 2. „Zuchthausstrafe" ohne alle nähere Bezeichnung erwähnt und der Ausdruck soll also die lebenswierige wie die zeitliche in sich begreifen. Ob die erstere Statt finden dürfe, würde aus §. 11. 12. nicht zu beantworten, aus letzterem eher die Ausschliessung aus den Worten: „Während der Strafzeit sind die zur Zuchthausstrafe Verurtheilten unfähig zur Verwaltung ihres Vermö-

gens etc." zu folgern seyn ⁵⁸⁾). Erst aus den Strafsatzungen über besondere Verbrechen ergibt sich, daß von dieser Strafart Gebrauch gemacht werden solle und — was hier nur erst vorläufig zu erinnern ist, in nicht zu billiger Ausdehnung. Man könnte das Uebergehen dieser Strafart dadurch rechtfertigen, daß sie überhaupt Zuchthausstrafe sei, — die aber in verschiedener Dauer zuerkannt werde, und daß ihrer am gehörigen Orte Erwähnung geschehe. Allein dieser letztere Grund könnte auch für alle übrigen in §. 8. genannten Strafarten angeführt werden und damit der ganze §. 8. überflüssig erscheinen, was ich nicht glaube. Der erste Grund aber ist unhaltbar. Die lebenslängliche Freiheitsentziehung ist von der zeitlichen keineswegs bloß durch die Dauer und quantitativ unterschieden. Daß jede, auch die nach dem Urtheile nur auf eine gewisse Zeitdauer, selbst auf die kürzeste, ausgesprochene Freiheitsstrafe eine lebenslange seyn könne, ist etwas Factisches und berechtigt nicht eine Gleichheit mit der qualitativ und specifisch verschiedenen Strafart lebenswieriger Haft. Ich beziehe mich in Betreff des Unterschiedes dieser eigenthümlichen Strafe und Dessen, was vom rechtlichen und politischen Standpunkte zu bemerken wäre, auf eine diesem Gegenstande gewidmete Abhandlung ⁵⁹⁾).

58) In §. 20. heißt es: „Keine zeitige Freiheitsstrafe darf die Dauer von fünfundzwanzig Jahren übersteigen.“ Hier ahnet man wenigstens einen Gegensatz, der aber früher schon und bestimmt auszudrücken wäre. Ferner läßt die allgemeine Fassung den Schluss zu, daß nicht bloß die Zuchthaus-, sondern auch andere Freiheitsstrafen auf Lebensdauer erkannt werden dürfen. Diese bestätigt erst der zweite Theil z. B. §. 164. 168. N. 1. 299.; es ist aber zu bezweifeln, ob es rathsam sei, diese Bestimmung zu treffen.

59) Bemerkungen über die Strafe lebenswieriger Freiheitsentziehung, mit Berücksichtigung neuerer Gesetzgebungen, im Archive des Criminalr. J. 1838. S. 62 fg.

Nicht genannt ist ferner die nach §. 623—626. nur für Geistliche angeordnete Strafe der Entfernung vom Amte. Dieß mag sich, da sie die Stelle der sonst für Beamte bestimmten Strafe der Cassation und Amtsentsetzung vertreten soll und eine s. g. *poena propria* ist, allenfalls rechtfertigen; jeden Falls dem Inhalte nach, indem Gründe, die hier nicht ausgeführt zu werden brauchen, es räthlich erscheinen lassen, diese Form der für alle Kategorieen von Geistlichen anzuwendenden Strafe zu wählen. Die Degradation, welche Nr. 10. genannt ist als Strafe gegen Beamte, hat eine andere Bedeutung, als die unter gleichem Namen vorkommende Mafsregel des canon. Rechts, wodurch ein Geistlicher dem s. g. weltlichen Arme übergeben und welche nur von der kirchlichen Gewalt ausgeführt wird. Indessen sind hier noch andere, gleichfalls nur für besondere Classen von Staatsbürgern anwendbare Strafarten genannt und der §. 8. will die „zulässigen“ ohne Zweifel erschöpfend angeben. Es würde also nicht inconsequent seyn, auch die gedachte Strafart entweder nach Nr. 9. anzuführen oder ihrer mindestens §. 28., als mit den daselbst genannten Strafarten (§. 8. N. 8. 9.) parallel gehend, zu gedenken.

Es ist bei dieser Gelegenheit auch der unfreiwilligen Dienstentlassung der Beamten im Verwaltungswege (sogar ohne Pension) von einigen Provinzialständen gedacht worden. Es wäre zu wünschen, daß diese harte Mafsregel nur auf rechtlichem Wege und nach Urthel und Recht ausgesprochen werden könnte. Ein Gesetz, welches die hier in der Praxis vorgekommenen Zweifel beseitigt, ist in Aussicht gestellt. Muß jedoch anerkannt werden, daß Rücksichten des Staatswohls es gebieten können, einen Beamten — auch ohne daß er sich criminal zu ahndende Handlungen zu Schulden hat kommen lassen, — auf dem Verwaltungswege zu entlassen, so kann man es nur billigen, diese Mafsregel, die keine Strafe seyn, sondern nur

die in Ausführung gebrachte Erklärung enthalten soll, die Staatsregierung könne diesem Individuum das zur Fortsetzung seines Amtsverhältnisses erforderliche Vertrauen nicht ferner mehr gewähren, — nicht in die Reihe der eigentlichen Criminalstrafen aufzunehmen. Wenn weder das Strafgesetzbuch noch ein anderes Gesetz irgend einen Fall enthalten, wo ein Criminalgericht hierauf erkennen soll, so wäre die Anführung einer Mafsregel, die, obschon sie als Strafe wirkt, doch eine solche in dem Sinne, von dem hier allein die Rede seyn kann, nicht ist, Theils unpassend, Theils eine unverdiente Härte gegen den Betroffenen, dem, mit Berufung auf eine solche Anführung im Gesetzbuche, der Vorwurf gemacht werden könnte, er habe eine Criminalstrafe erlitten. Diefs würde ihm an seiner gesetzlich sonst nicht geschmälerten bürgerlichen Ehre und wegen anderer hieran sich knüpfender Folgen nachtheilig seyn.

Ich bemerke, dafs auch der Wunsch ausgesprochen worden sei, die Deportation baldmöglichst unter die Strafarten aufgenommen zu sehen. Sicher verdient es in Verbindung mit dem Bestreben, den Gebrechen des Gefängniswesens abzuhelpen, der Erwägung empfohlen zu werden, in wiefern Strafcolonieen nach dem Muster anderer Länder eingerichtet werden könnten. Damit würde der doppelte Zweck erreicht, die Gesellschaft von gefährlichen arbeitsscheuen Entlassenen und den Gefahren des zunehmenden Pauperismus zu befreien, denen weder die Staatsanstalten, noch die der Privatvereine auf die Dauer genügend begegnen; auch die zu langen Einkerkierungen abzukürzen, indem die Schuldigen in ein Gebiet regelmässiger, zum Guten führender Thätigkeit angewiesen und ihre Besserung erzielt würde, ohne dafs sie vergäfsen, dafs sie strafbar und Sträflinge seien. Diefs auszuführen, liegt nicht im Bereiche der gegenwärtigen Aufgabe. Deportation aber, zumal an Orten, wo die Deportirten, aufserhalb

der Aufsicht und Einwirkung der preussischen Regierung, fremder Gewalt unterworfen wären und seyn müßten, würde weder mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit, noch mit denen der Rechtspolitik zu vereinigen seyn.

Die Nr. 16. genannte „Besondere Policeiaufsicht“ ist nach §. 39. ein niemals allein, sondern nur in Verbindung mit (und der Zeit nach als Folge von) andern Strafen zu erkennen. Sie hat daher, abgesehen davon, daß sie vom Richter ausgesprochen werden soll (§. 40.), keinen selbstständigen Charakter und unterscheidet sich um so weniger von der ohnehin stets und nothwendig beizubehaltenden gewöhnlichen Policeiaufsicht, wo diese bedingt erscheint, als nicht nur auch bei letzterer die Grundsätze beobachtet werden dürfen, welche §. 41 fg. angegeben sind, sondern sogar hier die Policeibehörde es ist, der, zu Folge §. 42., die Befugniß der Erweiterung Dessen zustehen soll, was der Richter verhängt hat und nach §. 43. zur Entlassung derselben gegen Caution. Wird so die criminale Seite gegen die wahrhaft policeiliche Natur der Mafsregel zurücktreten, so ist kein Grund, sie hier in jener Eigenschaft besonders anzuführen.

Ueber die einzelnen Strafarten möge nur Einiges bemerkt werden.

Zu §. 9. „Die Todesstrafe ist durch Enthauptung öffentlich zu vollstrecken und die Vollstreckung des Urtheils durch das Amtsblatt bekannt zu machen.“

Es fällt auf, daß in demselben Satze der Ausdruck vollstrecken ein Mal auf die Strafe, das andere Mal auf das Urtheil bezogen wird. „Oeffentlich“ nach Enthauptung führt zu der falschen Nebenbedeutung, als läge Ersteres im Begriffe dieser Strafart. Die Bekanntmachung durch das Amtsblatt (der Provinz) soll sich wohl nicht auf die bevorstehende, sondern auf die geschehene Vollstreckung beziehen. Kürzer etwa: Die Vollstreckung

elnes Todesurtheils erfolgt öffentlich durch Enthauptung, und wird — bekannt gemacht.

Dafs die Todesstrafe, als von der Gerechtigkeit geboten, beibehalten werde, wofür sich auch, mit Ausnahme geringer Minorität, alle Stimmen in ständischen Versammlungen des Königreichs und anderer Länder erklärt haben und welche (bis auf den ungarischen Entwurf) alle Gesetzgebungen beibehalten, kann nicht gemifsbilligt werden. Möchte mittelbar deren Anwendung aufhören, indem die unleugbar todeswürdigen Verbrechen nicht mehr vorkämen. Ich will den vielbesprochenen Gegenstand nicht von Neuem aufnehmen. Allerdings sind es nur wenige Fälle, die dieses Aeufserste fordern, dafs der Leib hingegeben werde, um Höheres zu retten ⁶⁰).

Ob der Entwurf diese Strafe nur da erkenne, wo die Gerechtigkeit sie gebietet, werde ich bei den einschlagenden Satzungen prüfen.

„Bestimmt das Gesetz geschärfte Todesstrafe, so soll der Verbrecher zur Richtstätte geschleift werden.“

Hiergegen hat sich die allgemeine Stimme, und zwar in der Wissenschaft schon längst, der Praktiker meistens, nicht minder in den ständischen Verhandlungen und der Beurtheiler neuer Entwürfe, — auch des vorliegenden, — entschieden erklärt. Ich kann ihr nur beitreten und meine oft ausgesprochene Ansicht der Unvereinbarkeit der Schärfung mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit, der Sitte und der Religion wiederholen. Wohl mufs man zugeben, dafs selbst bei der jetzt geringen Zahl todeswürdiger Verbrechen Unterschiede derselben und der einzelnen Begehungsfälle Statt finden können, welche, eine gerechte Re-

60) Schüler, kritische Bemerkungen zu dem Entwurfe des Strafgesetzbuches für die kön. preufs. Staaten. I. Heft S. 23., macht dieselbe Ansicht geltend mit Berufung auf meine an anderen Orten gelieferte Ausführung.

action fordernd, den Gedanken an Abstufungen aufkommen lassen mögen (z. B. wenn dieselbe Person, etwa eine Giftmischerin, wie die zu Bremen oder zu Mainz hingerichteten, mehrere Mordthaten verübte), — aber diese Unterschiede verschwinden nothwendig gegenüber dem Hauptgrunde, daß das Leben verwirkt sei, — das Aeufserste, was als traurige, von der Gerechtigkeit anzuerkennende Nothwendigkeit — eintreten darf und muß. Und wo wäre die Grenze, da selbst jene, mehr symbolische Auszeichnung ⁶¹⁾ weder für alle Fälle, wenn man einmal Unterschiede annehmen will, hinreichend, noch zur Abschreckung geeignet wäre; diese, sofern sie nicht Princip seyn soll, — denn das wäre ganz verwerflich, — sondern mögliche Folge der gerechten Strafe, würde auf Andere berechnet seyn. Bei dem Verbrecher hätte ihre Drohung sich bereits in ihrer Vergeblichkeit gezeigt. Wenn aber nicht schon die Furcht vor der Todesstrafe überhaupt wirkt, so ist auf einen größern Nachdruck durch jene Schärfung nicht zu rechnen. Der Abscheu des Publicums wird sich ohne Zweifel mehr auf die gräßliche Uebelthat beziehen, welche das Gesetz jetzt mit solcher geschärfter Todesstrafe bedroht, als auf die Schärfung. Im Gegentheile, es ist zu besorgen, daß diese ganz andere Gefühle erwecken werde. Ein Gesetzbuch für Preussen darf auch in dieser Hinsicht anderen nicht nachstehen. Ich will nur noch erinnern, wie unvereinbar eine Schärfung und gerade diese mit der durch die Religion und Menschenliebe gebotenen Bestimmung sei, daß der Schuldige, durch die Lehren der Religion und des Heils getröstet, mit Gott versöhnt, den letzten Gang antreten solle ⁶²⁾;

61) P. G. O. Art. 193.: „Vnd soll darzu auff die richtstatt durch die vnvernünfftigen thier geschleyfft werden.“ Bamb. H. G. O. Art. 220.

62) Vergl. P. G. O. Art. 102., die auch hier wieder eine Vergleichung mit neueren Gesetzgebungen nicht zu scheuen hat.

wie Wenig es zu rechtfertigen sei, ihn auf solche Weise in den Gedanken, die ihn allein begleiten sollen, zu stören, wie Wenig würdig sich dabei die Begleitung durch einen Geistlichen ausnehmen und wie verfehlt der Zweck seyn würde. Eine königliche Cabinetsordre vom 19. Dec. 1842 hat diese Begleitung, wenn sie verlangt wird, für zulässig erklärt ⁶³). Ich unterdrücke, was sich sonst noch darüber bemerken liesse, glaube aber, daß diese Ordre (deren Inhalt in das Criminalproceß-Gesetzbuch aufzunehmen seyn würde) gewiß auch künftig in Kraft belassen werde.

Vollends zu mißbilligen scheint es mir, daß §. 10. außer den im Gesetze namentlich bestimmten Fällen es dem richterlichen Ermessen überläßt, auf geschärfte Todesstrafe zu erkennen. Was hier als maßgebend für den Richter angeführt wird, ist sehr unbestimmt und überhaupt würde eine so ausnahmsweise Härte, — wenn sie Statt finden sollte, — immer nur dann zuzulassen seyn, wenn der Richter sich gehorsam gegen ein ihn bindendes Gesetz verhielte, nicht aber, wenn er das Gesetz für den einzelnen Fall gleichsam erst bildete. Was hier als Schärfungsgrund bezeichnet wird, offenbart schon das mit einfacher Todesstrafe bedrohte Verbrechen. Wenn der Richter sein moralisches strenges Gefühl und nicht das der Milde und Gerechtigkeit befragt, so würde bei den gewöhnlichen todeswürdigen Verbrechen die Verworfenheit der Gesinnung nicht geleugnet und demnach die Schärfung häufiger angewendet werden. Jene ist aber schon in Rechnung neben der objectiven Schwere der That gebracht, wenn von rechtlich verwirkter Lebensstrafe die Rede seyn darf und muß.

Man ist jetzt darüber einverstanden, daß die Vollziehung der einfachen Lebensstrafe auch auf eine Weise er-

63) Justiz-Ministerialblatt 1843. Nr. I.

folgen müsse, welche schnell und ohne eine unwürdige Behandlung des Körpers ihre Bestimmung erfülle. Die Beispiele mißlungener Versuche, dieses bei Enthauptungen durch das Schwert zu bewirken, — die verhältnißmäßig häufiger seyn müßten, je seltener die Gelegenheit zu Erwerbung der gehörigen Fertigkeit und Sicherheit ist, — haben veranlaßt, daß jene Executionsweise fast überall abgeschafft worden, obschon sie, namentlich was die Stellung des Unglücklichen (oder Armen, wie ihn die C. C. C. mit Recht nennt) ⁶⁴⁾ betrifft, die würdigste ist, und, könnte ihr die erforderliche Sicherheit zugesprochen werden, bei Weitem weniger das Gefühl verletzt, als die mechanischen, immer auch eine Etwas längere Zeit erfordernden Vorrichtungen bei dem Bevestigen des Körpers an den Block, oder auf dem Schaffote Behufs der Hinrichtung durch das Beil oder das Fallbeil. Für letzteres scheint indess die allgemeine Stimme zu seyn: was sich vom andern als technischem Gesichtspuncte dagegen erinnern läßt, ist bekannt. Ob die Hinrichtung durch Menschenhand in höherem Grade das Gefühl verletze, als das maschinenmäßige Verfahren, welches auf noch andere Gedanken führt, die man höchst betrübend nennen möchte, wenn nicht schon die ganze Sache es wäre, — möge dahingestellt bleiben.

Endlich versteht es sich, daß, und zwar nicht etwa in Folge des Abschreckungs-, sondern des Gerechtigkeitsprincips, die Vollziehung öffentlich, nicht in'sgeheim vor sich gehe. Möchte es nur möglich seyn, eine Einrichtung zu treffen, vermöge welcher die widerlichen Auftritte und Erscheinungen vermieden würden, die in der Regel bei dem Andränge ungeheurer Menschenmassen — denen solches ein Schauspiel und Gegenstand der Neugierde ist —

64) Art. 59. 96. Bamb. H. G. O. Art. 117.

den Act begleiten ⁶⁵). Die Gemeinheit, Rohheit offenbart sich hier häufiger, als das Rechtsgefühl; auch andere nachtheilige Folgen sind nicht zu leugnen. Der Tag, wo jener traurigen Nothwendigkeit gehorcht wird, sollte für die ganze örtliche Bevölkerung zu ernster Betrachtung bestimmt seyn. Man hat vorgeschlagen, die Hinrichtungen innerhalb eines umgrenzten Raumes (etwa des Hofes eines Gerichtsgebäudes) vor einer Anzahl hierzu durch Verordnung zu bestimmender Zeugen und auf Antrag zuzulassender Personen aus den verschiedenen Ständen und Classen der Einwohner zu veranstalten. Es scheint wenigstens der Erwägung zu verdienen, da hier gewiss so wenig von Heimlichkeit und eben so gut von Oeffentlichkeit gesprochen werden kann, als wenn die Rechtspflege in einem Locale gehandhabt wird, dessen räumliche Beschränkung nothwendig auch dem Zutritte fremder Theilnehmer eine Grenze setzt.

Von §. 11 — 20. wird von den Freiheitsstrafen gehandelt. Diese sind, wie jetzt überall, das gewöhnlichste und geeignetste Strafmittel. Es ist recht und billig, die Freiheit Dessen zu beschränken, der sie zu Verbrechen mißbraucht. Auch ist hier vorzugsweise Gelegenheit, die Besserung zu berücksichtigen, — das Pönitentiarsystem in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit in Ausübung zu bringen ⁶⁶).

Unleugbar hat die Gesetzgebung hier die schwierigste Aufgabe zu lösen. Und zwar nicht blofs in dem Gebiete, welches den Inhalt des Strafgesetzbuches ausmacht, sondern, da dieser selbst durch andere Voraussetzungen bedingt ist, in dem weitern, dem die Einrichtungen der Strafanstalten verschiedener Art angehören, und die Grund-

65) Vergl. Althof über die Todesstrafe. Lemgo und Detmold 1843. S. 25 fg.

66) S. oben Note 40.

sätze, welche dabei befolgt werden. Was die Kritik hier thun kann, ist zunächst auf die letztere Rücksicht beschränkt; hier ist über die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Anstalten und der besondern Weise des negativen und positiven Verhältnisses zu den Gefangenen, über die einsame Haft oder die nur theilweise Isolirung etc. zu entscheiden, was denn nicht anders als mit Hilfe der Erfahrung geschehen kann. Da aber noch immer nicht veststeht, welches System die Regierung — versuchsweise oder definitiv — annehmen werde, welche dadurch bedingte Art des Baues der Strafanstalten Statt finden werde, so wird auch der Kritik in Betreff des ersten Punctes, der eigentlichen strafrechtlichen Bestimmungen, eine Grenze gesetzt. Ob diese Bestimmungen zu rechtfertigen seien, — selbst unter Voraussetzung der allgemeinen Rechtfertigung, welche die einzuführenden Einrichtungen betrifft, wird sich nur relativ entscheiden lassen. Man kann, indem man gewisse Straffälle und die darauf gesetzten Strafen nach den jetzigen sittlichen und rechtlichen Ansichten und Verhältnissen zur Norm nimmt, beurtheilen, ob andere in ein richtiges Verhältniß zu diesen durch gröfsere oder geringere Strafgrade und Arten gesetzt seien. Aber mehr läfst sich ohne Kenntnifs der Voraussetzungen und der Grundsätze, nach welchen z. B. Zuchthaus, Arbeitsstrafe, Gefängnifs (und was diesem gleichgestellt werden soll) unterschieden werden, nicht bemerken. Ja, man könnte, da die Freiheitsstrafen jetzt der Mittelpunkt des ganzen Strafsystems sind, die Frage aufwerfen, ob überhaupt schon ein Strafgesetzentwurf mit Erfolg ausgearbeitet werden könne, wenn noch nicht einmal die Principien über die Freiheitsstrafen und deren Vollziehung vestgestellt sind. Dafs auf dieses oder jenes Verbrechen so viel Jahre Freiheitsentziehung als Maximum oder Minimum gedroht werde, dafs das eine mit dieser, das andere mit jener Art der Freiheitsstrafen geahndet werden soll, ist etwas ganz Abstractes,

stractes, und die Beurtheilung nicht bloß des Kritikers, sondern auch des Richters bedarf mehr. Was die §§. 11 bis 13. über den Unterschied von Zuchthaus und Arbeitshaus angeben, ist Theils so unbestimmt, daß es gar keinen Anhaltspunct gewährt, Theils hat es für das Strafgesetzbuch, streng genommen, so wie es jetzt gefaßt ist, gar keine Bedeutung. Der §. 11. sagt: „Die zur Zuchthausstrafe Verurtheilten ⁶⁷⁾ sind zu schwerer Arbeit, nach näherer Bestimmung der Hausordnung, anzuhalten.“ Von der Strafarbeit heißt es in §. 13.: „Die Sträflinge sind nach Maßgabe der Hausordnung zu angemessenen Arbeiten anzuhalten. In den Strafarbeitshäusern soll in Bezug auf Arbeit, Disciplin und Beköstigung eine mildere Behandlung, als in den Zuchthäusern Statt finden.“ Welche Reihe von Unbestimmtheiten in wenigen Zeilen. Man glaubt eine ungefähre Angabe der Principien zu lesen, nach welchen Jemand eine Instruction für die Directionen der verschiedenen Anstalten auszuarbeiten hätte: oder höchstens eine solche, sehr allgemein gefaßte und der Willkür viel Raum lassende Anweisung für die Directionen. Was heißt strenge und was angemessene Arbeit? Was ist mildere Behandlung in Beziehung auf Arbeit, Disciplin und Beköstigung? Wie wird sich im Gegensatze die strengere Behandlung in Zuchthäusern äußern? Welchen Gebrauch kann der Richter von diesen §§. machen? Wenn er einen Schuldigen zum Zuchthause oder zur Strafarbeit verurtheilt hat, wo das Gesetz es gebietet, so ist sein Geschäft zu Ende und es liegt außerhalb seiner Befugniß, irgend eine Anordnung in Betreff Dessen zu treffen, was §. 11—13. enthalten. Selbst wenn er den Inhalt der Hausordnung kennt (sofern zu erwarten ist, daß mit der Einführung des Gesetzbuches diese und was mit ihr in

67) Es heißt nicht: „die zu Verurtheilenden“ und selbst dann ist der Satz müßig.

nothwendiger Verbindung steht — die Organisation der Strafanstalten — vollendet seyn werde), so hat dieß auf sein Urtheil weiter keinen Einfluß, als daß er etwa weiß, was der Verurtheilte zu erleiden habe. Eine Bedeutung hätte dieß nur, wenn der Richter entweder, nach der Beschaffenheit dieser intensiven Uebel, die größere oder geringere Extension der Strafe, oder wenn er, umgekehrt, bei Angabe der Strafe bestimmen und ermessen dürfte, wie weit jene Strenge oder Milde in dem besondern Falle gehen solle. Allein dieß ist eben so unausführbar, als mit den Grundsätzen, nach welchen die Strafe innerhalb des gestatteten Raumes durch das gerechte Ermessen bestimmt werden soll, unvereinbar. Denn diese Grundsätze sind andere und vom Gesetze selbst angegeben (§. 106 fg.). Nicht die Hausordnung, sondern die Handlung, die zu beurtheilen ist, bietet den Maßstab dar. Allerdings muß dann auch auf die Beschaffenheit der Strafart gesehen werden, um die der Verwirkung entsprechende Strafe zu bemessen. Aber wo das Gesetz nun bereits Zuchthaus- oder Arbeitsstrafe anordnet, da haben die Grundsätze, die den Gesetzgeber in dieser Hinsicht leiten, für den Richter keine praktische Bedeutung. Höchstens können sie mittelbar in Betracht kommen, in sofern in gewissen Fällen das Gesetz dem Richter die Wahl unter den verschiedenen Arten der Freiheitsentziehung gestattet und allenfalls für den zu Verbrechen Geneigten, der abgehalten werden soll, sofern er entweder die §§. 11. u. 13. und die Hausordnung kennt und sich dadurch warnen läßt (wenn hierauf und auf alle die unhaltbaren Voraussetzungen gerechnet werden dürfte, welche den Vertheidigern der Theorie des psychischen Zwangs ihre Einbildungskraft vorspiegelt —) oder wenn mit der Zeit durch die Erfahrung sich eine bestimmte Meinung im Volke über die Eigenthümlichkeiten der einen und andern Strafart bildet, die sich vornehmlich in den rechtlichen Folgen für die Ehre etc. äußern werden. In

dieser Hinsicht sind die §§. 12. 33 — 36. consequent, wenn auch nicht durchgängig dem Inhalte nach zu billigen.

Die nachfolgenden Bemerkungen werden nun zunächst auf die besonderen Arten der Freiheitsstrafe, dann auf einiges Gemeinsame bezogen werden.

Der §. 11., dessen erster Satz bereits mitgetheilt ist, bestimmt noch: „Die Dauer der Zuchthausstrafe ist mindestens ein Jahr.“ Dafs sie nicht über fünf und zwanzig Jahre dauern soll, sofern sie als zeitige, nicht als lebenswierige erkannt wird, §. 20., könnte schon hier bemerkt werden. In Betreff dieses allerdings hohen Maximums sind auch gegen andere Gesetzentwürfe Einwendungen vorgebracht worden, die mir nicht begründet erscheinen. Zuvörderst mufs ich wiederholen, dafs eine solche Zahlbestimmung abstract sei: welche Uebel die Strafe ausser dem ihr wesentlichen Moment, dafs sie die Freiheit entzieht, enthalte, ersieht man nicht genügend, und doch würde dieses erforderlich seyn, um auch nur einigermafsen einen Anhalt zu haben für die Prüfung, ob sie überhaupt zu hoch gegriffen sei oder nicht. Ich spreche nicht von den anderen unvermeidlichen Uebeln, die den Schuldigen individual treffen, ohne bei Ermessung der Strafe seiner Handlung überall gerechter Weise in Anschlag gebracht werden zu dürfen. Die Zerreißung des Familienbandes, die Zerstörung oder fernere Gefährdung der bürgerlichen Existenz und Subsistenz, die Vereitlung einer Reihe von Ansprüchen, Hoffnungen, Plänen werden nicht auf gleiche Weise eintreten, nicht alle Individuen treffen, sie werden auf Manchen mit einer furchtbaren Schwere lasten. Man könnte erwarten, dafs die Rücksicht auf solche Folgen, die dem Individuum am Besten bekannt seyn werden, sich als Abhaltungsgrund bethätige; diess ist jedoch höchstens bei gewissen vorher überlegten verbrecherischen Vorhaben — nicht bei allen Uebertretungen ohne Unterschied — der Fall. Es gibt Perso-

nen, deren ohnehin gedrückter Zustand (s. g. Proletarier) von der Art ist, daß, wenn sie nicht Freiheit und Ehre und das Bewußtseyn der Rechtschaffenheit auf's Höchste anschlagen, der Aufenthalt in einem Strafhouse für sie um so weniger Uebel enthält, je mehr die Anstalt selbst verbessert und je humaner die Behandlungsweise wird. Für Andere wird das ganze Lebensglück zerstört. Darauf kann die Gerechtigkeit nur mittelbar, nur in sofern, als dieses bei Würdigung der Verhältnisse der Handlung selbst geschehen darf, Rücksicht nehmen. Im Vorbeigehen bemerke ich, wie Wenig auch die relativen Theorien hier zu einem befriedigenden Ergebnisse führen. Ein Gesetzgeber, der von der psychologischen Abschreckung oder Warnung ausginge, könnte schliessen: je weniger ein Individuum in dieser Hinsicht zu verlieren, je weniger Uebel er — für sein ganzes Lebensverhältniß zu gewärtigen hat, je weniger abhaltend also die anzudrohende kürzere Freiheitsstrafe wirken würde, um so mehr muß durch deren längere Dauer der Zweck zu erreichen gesucht, es muß das Maximum erhöht und diese Rücksicht auch von dem Richter bei Ermessung der Strafe beobachtet werden. Für den in anderen Verhältnissen Lebenden würde eine kürzere, aber ihn persönlich empfindlicher treffende Freiheitsentziehung, selbst auch schon als Drohung, ausreichen. Er könnte aber auch umgekehrt schliessen: je weniger dem ungeachtet für ihn hierin ein Abhaltungsgrund liegt, je mehr auch dagegen dessen gesetzwidriger Wille sich behauptet, desto nachdrücklicher muß die Gegenwirkung seyn.

Aber ich spreche von der uns im Ganzen noch unbekannten Beschaffenheit und Einrichtung der Anstalten, in denen eine Strafe vollzogen werden soll, für die wir jetzt wenig mehr, als eine numerische Bestimmung haben. Wäre es z. B. richtig (und freilich kann es hiefür keine andere als eine relative und willkürliche Entscheidung geben), daß die in völliger Isolirtheit zu erstehende Strafe zu der

ändern jetzt üblichen Vollstreckungsweise (und wie ungleich ist letztere, sogar in den einzelnen Anstalten der nämlichen Art in demselben Staate!) etwa wie 2 : 3 oder wie 3 : 5 sich verhalte, so liesse sich folgern, dafs, bei Annahme des ersten Systems, das Maximum, welches man glaubt auf 25 Jahre setzen zu dürfen oder zu müssen, nur etwa auf 15 Jahre zu bestimmen sei.

Nun bin ich zwar der Meinung, dafs es angemessener sei, die Strafe intensiv zu verstärken (so weit dadurch weder die Gerechtigkeit, noch die Pflicht, auch in dem Gefallenen den Menschen und den der Besserung und des Rücktritts Fähigen zu ehren, verletzt wird) und wo möglich der Dauer nach zu beschränken. Es lassen sich dafür Rücksichten der Politik, der Humanität, ja des Rechts selbst geltend machen. Was alsdann für den Entwurf auf der von ihm selbst angenommenen Grundlage und aufgestellten Normalgröfse der zeitlichen Strafen als nothwendige Modification eintreten müfste, ergibt sich unmittelbar aus dem erst zu erwartenden Systeme. Dagegen läfst sich ohne solche unerläfsliche positive Voraussetzung vom allgemeinen Standpunkte aus Nichts angeben und es mufs für eine durch Nichts unterstützte, ganz willkürliche Forderung erklärt werden, welche neuerlich ausgesprochen worden ist, dafs die höchste Dauer der zeitlichen Freiheitsstrafe 15 Jahre seyn solle⁶⁸⁾. Als wenn es möglich wäre, zu behaupten, dafs alle Verbrechen, in welcher äufsersten Gröfse nach der subjectiven und objectiven Seite sie auch hervortreten, sofern sie nur nicht todeswürdig oder nicht mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden seien, nur jenes Mafs und kein höheres der Reaction bedingten, von dem

68) Mittermaier a. a. O. Zweiter Beitr. S. 52 fg. Temme a. a. O. S. 63. Schüler a. a. O. S. 28. Vergl. dagegen, was ich in der Kritik des norweg'schen Entwurfs S. 40. und des württemberg'schen S. 27. erinnert habe.

Falle des Zusammenflusses gar nicht zu sprechen. Die Strafe sollte eine, im Verhältnisse zu der bisherigen Zulässigkeit einer viel längern Dauer, nur eng gezogene Grenze haben, während die Uebelthaten unbegrenzt blieben? Man wird entgegnen, einer Grenze bedürfe es doch immer; auch bei fünf und zwanzig Jahren trete dasselbe ein. Allein wenn dieß auch zuzugeben ist, so wird man doch nicht bestreiten, daß hier für die gerechte Zumessung ein größerer Raum bleibe, daß es möglich sei, die nothwendigen Abstufungen bei Beurtheilung von Fällen zu beobachten, welche, auch nach jener Annahme, schon mit 15 Jahren mindestens zu bestrafen sind und die doch unter einander sehr ungleich seyn werden. Damit will ich nicht sagen, daß ich für alle die Fälle, wo der Entwurf es gebietet oder gestattet, bis zu 25 Jahren aufzusteigen, dieses gut heiße ⁶⁹⁾. Und ferner, welcher ungeheuerer, gewiß nicht zu rechtfertigender Sprung von funfzehn Jahren (die nach dem Entwurfe §. 112. einen Verbrecher, der das sechszehnte Jahr vollendet hat, selbst wenn jene beantragte Herabsetzung Statt fände, treffen können, — jetzt sind sie schon für jüngere, die über zwölf Jahre alt sind, zulässig) — sofort zu lebenswieriger Freiheitsstrafe, die so häufig, als anderes Extrem zu einem zeitlichen Minimum vorkommt. Dieß führt zu der eben so harten, als die Gerechtigkeit verletzenden Bestimmung, in allen Fällen, deren Schwere die funfzehnjährige Strafe nicht entsprechen würde, gleich zu der lebenslangen aufzusteigen: oder zu einer, durch subjective Rücksichten bedingten, in jeder Hinsicht zu mißbilligenden Milde, die der Gerechtigkeit und relativen Gleichheit Eintrag thut.

In der That hat man für jene Forderung keine an-

69) Darüber, ob und wie die Strafe nach Jahren, Viertel-, halben Jahren oder Monaten zu theilen sei, vermißt man eine Bestimmung. Vergl. meine Kritik des badischen Entwurfs S. 21 fg.

deren Gründe beizubringen gewußt, als welche die Rücksicht auf das künftige Fortkommen des zu Entlassenden darbietet. Gewiß ist diese höchst beachtenswerth und ich erkenne sie keineswegs ⁷⁰⁾. Aber sie kann und darf nicht die erste, nicht hier, wo es auf Gerechtigkeit und dann auf die neben derselben sich behauptenden Rechte der bürgerlichen Gesellschaft, auf Sicherung etc. ankommt ⁷¹⁾, nicht die ausschließende seyn. Die erste Frage ist, was hat der Schuldige, der Bösewicht verdient, — nicht, was muß geschehen, damit ihm später sein Fortkommen erleichtert werde. Diese allerdings auch nothwendige Rücksicht ist eine zweite nach der Gerechtigkeit und muß bei der auf Besserung hinarbeitenden Behandlung des Sträflings während der Haft ihre Stelle finden, nicht aber darf sie selbst das Maß und die Grenze der Haft bedingen. Wie ungleich werden dadurch selbst die Strafbaren verschiedener Altersklassen behandelt? Es ist je nach den verschiedenen Lebensverhältnissen keineswegs allgemein gegründet, daß Dem, der zwanzig und mehr Jahre der Freiheit beraubt war, es nicht mehr möglich sei, im Stande der Freiheit sich einen Beruf zu ermitteln, dessen Ausübung ihn rechtlich ernähre. Und wo dieses der Fall ist, da muß, nach den Grundsätzen über die Armenversorgung und die Heimathsrechte, dem unvermeidlichen Uebel abgeholfen, nicht aber kann daraus ein Recht hergeleitet werden, zur lebenswierigen Freiheitsstrafe aufzusteigen ⁷²⁾.

70) S. meinen Note 42. angef. Bericht des schlesischen Strafbeserungsvereins S. 20. 21 fg.

71) Meine Strafrechtstheorien S. 23. 38 fg.

72) Temme a. a. O. S. 62. 63. sagt: „Diese Dauer (von fünfzehn Jahren) sollte das höchste Maß aller zeitigen Freiheitsstrafe seyn. Darüber hinaus kann nur noch lebenswierige Einsperrung gerechtfertigt werden.“ Den Beweis ist er schuldig geblieben, man müßte denn das Folgende dafür gelten lassen: „Sie erscheint mehr als Wohlthat, wie als Härte. Wer nach 15 Jahren in die Freiheit

Damit aber bin ich einverstanden, daß das Maximum der Arbeitshausstrafe nicht das nämliche wie das der Zuchthausstrafe seyn solle, sondern eine angemessene Herabsetzung erfahren dürfte. Dieß um so mehr, als die Folge des Verlustes der Ehrenrechte nicht nur mit der Zuchthausstrafe, wo er die nothwendige Folge ist (§. 34.), sondern auch mit der Arbeitsstrafe verbunden wird, sofern „Solches bei einzelnen Verbrechen besonders bestimmt ist.“ Wo namentlich diese Folge eintritt und ein höheres Maß bedingt ist, ist nicht abzusehen, weshalb nicht auf Zuchthaus erkannt werden sollte.

Die Schwierigkeit, welche die bisher behandelte Frage darbietet, würde sich vielleicht lösen lassen, wenn in den Fällen, wo eine Freiheitsstrafe von beträchtlicher Dauer nach dem Gesetze zuerkannt wird, mit Rücksicht auf die Vereinbarkeit des Pönitentiar-Systems mit der Gerechtigkeit, die Hoffnung auf theilweisen Erlass der Strafe im Wege der Gnade gewährt und dadurch nicht nur ein Motiv mehr für die Besserung gegeben, sondern auch jene Rücksicht auf das künftige Wohl des Gebesserten und auf

zurücktritt, kann noch Alles wiederfinden, was ihm nach 25 Jahren unwiederbringlich verloren seyn muß.“ Das Eine ist so zufällig und von Umständen abhängig, wie das Andere, und bietet, der Gerechtigkeit gegenüber, so wenig einen Grund, als es sich um Wohlthat und Härte handelt. Frage man doch den kräftigen, in den besten Jahren oder noch der Jugend nahe stehenden Schuldigen (z. B. den 17jährigen), ob er, wenn er über funfzehn Jahre verurtheilt werden sollte, die lebenslange Strafe, — die sich unter Anderem durch das Verzichtleisten auf jede Hoffnung charakterisirt, — vorziehe, — in den seltensten Fällen wird er bejahend antworten und jene ihm zuge dachte Wohlthat für eine solche erkennen. Für den Hochbejahrten kann es möglicher Weise anders seyn. Aber hier werden auch funfzehn Jahre zu demselben Resultate führen. Ueberhaupt sind diese Rücksichten äußerlich; so lange nicht ein innerer Grund nachgewiesen werden kann, müssen wir in diesem Punkte der gutgemeinten Forderung widersprechen.

die Gesellschaft, der ein brauchbares Mitglied zurückgegeben wird, diejenige Anerkennung fände, welche hier zulässig ist ⁷³). Wie dabei zu verfahren, was vom rechtlichen Standpunkte aus anzunehmen sei und wie die verschiedenen hier in Betracht kommenden Rücksichten gehörig zu vereinigen seien, habe ich ausführlicher in einer besondern Abhandlung zu begründen gesucht ^{73 b}).

Die Bestimmung von §. 12., daß die zur Zuchthausstrafe Verurtheilten — (wobei das Minimum von einem Jahre §. 11. zu niedrig und der damit verbundene Verlust der Ehrenrechte nicht wohl zu einer so zeitigen Rückkehr in die Gesellschaft zu passen scheint) — unfähig zur Verwaltung ihres Vermögens seien, ist eben so angemessen, als die andere, „daß ihnen kein Theil ihres Vermögens oder ihrer Einkünfte zur freien Verfügung verabfolgt werden dürfe,“ sich von selbst aus der Hausordnung und den Grundsätzen über die Behandlung der Gefangenen ergibt, denen weder die Mittel, sich eine behaglichere Lebensweise zu verschaffen, noch eine Bestechung zu verüben, sich die Flucht zu ermöglichen, gelassen werden dürfen. Es würde dieses, obschon es in §. 13. nicht wiederholt ist, auch für die Arbeitsstrafe, wenn sie nicht im Minimum von wenig Monaten eintritt, anzunehmen seyn und die hier verheißene mildere „Behandlung“ höchstens, da sie auch auf die Beköstigung sich beziehen soll, rücksichtlich dieser eine Verwendung der Einkünfte zu gestatten seyn, wenn — was doch wieder sein Bedenkliches hat — der Sinn dieser Bestimmung, die ich für eine gemeinsame aller Arbeitssträflinge gegenüber den Züchtlingen halte, der wäre, hier einen Unterschied unter jenen selbst nach ihrer Ver-

73) Ueber Strafe und Strafanstalten, von Sr. königl. Hohheit Oskar, Kronprinz von Schweden und Norwegen. Aus dem Schwedischen übersetzt von A. v. Treskow. Leipzig 1841. S. 13.

73 b) S. die oben Note 40. angef. Abhandl.

mögenslage anzuerkennen. Und worauf sollte sich auch ein Vorzug der Strafarbeiter vor den Züchtlingen gründen, wenn jene, wie diese, es auf die längste Zeit und mit Verlust der Ehrenrechte seyn können. Alles spricht dafür, wenn diese beiden Strafarten unterschieden werden sollen, dieses in anderer Weise, als geschehen, zu thun, sie nach Dauer, im Maximum und Minimum, nach den rechtlichen Voraussetzungen entehrender Handlungen und anderer, sowie nach den rechtlichen Folgen einander bestimmter entgegenzusetzen. So wie jetzt die Sache ist, wird die Volksmeinung eine erhebliche Differenz kaum finden und die gefundene, z. B. bei der §. 13. gedachten mildern Behandlung in den Strafhäusern, nicht selten als eine willkürliche betrachten, da, wie erwähnt, bei dieser, allenfalls den Institutsdirector leitenden, Bestimmung die Beziehung auf den Strafrichter ganz fern liegt ⁷³ c).

Wenn aber §. 12. dem Züchtlinge aufer der Verwaltung des Vermögens auch die Verfügung unter Lebenden untersagt, so ist dieses in solcher ausnahmsloser Ausdehnung nicht gerechtfertigt. Die Vermögens-Confiscationen sind mit Recht abgeschafft (§. 27.). Soll Jenes ein Theil der Strafe seyn, so ist es nicht motivirt: soll es eine privatrechtliche Folge, etwa eine Art von *servitus poenae* seyn, so fehlt es an der rechtlichen Voraussetzung und ist nicht Bedürfnis, da die eingeleitete *cura* schon die nöthige Grenze und Gewährleistung gegen Mißbrauch enthält. Dafür, daß der Verbrecher, — dem doch das Recht, von Todeswegen zu verfügen, nicht entzogen wird, — nicht eine Begünstigung unwürdiger Personen vornehme, muß das bürgerliche Recht sorgen, indem es Solche eben so, wie im Erbrechte die *indigni*, bezeichnet und nicht zum

⁷³ c) Vergl. überhaupt über dieses Capitel die sorgfältig ausgearbeiteten Motive zu dem Entwurfe eines Criminalgesetzbuches für das Herzogthum Braunschweig. S. 35 fg.

Erwerbe läßt. Aber warum sollte es dem Züchtlinge, welcher Vermögen hat, verwehrt seyn, darüber auch unter Lebenden auf eine Weise mit Zustimmung des Curators und unter Aufsicht der Obrigkeit zu verfügen, die entweder überhaupt unverfänglich ist oder ihm in'sbesondere Gelegenheit gäbe, sein Gewissen zu beruhigen, z. B. um den durch ihn Verletzten eine gröfsere Entschädigung und Genugthuung zu gewähren, als sie ausserdem, selbst mit Rücksicht auf §. 6., erhalten würden.

Ueberhaupt bedarf es für die Bestimmung der privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und der Strafen einer umfassendern Gesetzgebung, welche in mehreren deutschen Ländern (z. B. in Würtemberg, jetzt in Baden) Gegenstand eigner, dem Strafgesetzentwurfe nachfolgender Erörterungen gewesen ist.

Den Bestimmungen über die Gefängnisstrafe §. 14. 15. wüßte ich Nichts entgegenzusetzen. Die längste Dauer soll ein Jahr seyn, ausser im Falle der Verwandlung von Geldbussen (§. 47.), wo sie bis vier Jahre, aber nicht mehr steigen darf. Diefs Letztere — die doch verhältnißmässige lange Freiheitsentziehung — wegen der stets geringern Vergehen, die mit Geldbusse geahndet werden, erscheint als eine Härte gegen den Vermögenslosen; besser, dafs sofort der Richter im Stande sei, gegen Solche — bei alternativer Drohung — auf Gefängnis, beziehungsweise Strafarbeit, zu erkennen, deren Minimum von drei Monaten zu gering erscheint. Soll aber dem Gelde oder dem Mangel desselben ein Einfluß gestattet werden, so lassen sich Umstände denken, wo die §. 47 a. E. unbedingt untersagte Umwandlung der Freiheitsstrafen in Geldbussen eben so gerechtfertigt erscheint, ohne dafs darin stets (bei nicht entehrender Handlungsweise) eine unstatthafte Begünstigung der Reicheren zu besorgen wäre.

Indem ich über einige andere Fragen, die hier zur Sprache gebracht werden können, auf andere Ausführun-

gen mich beziehe, und bei §. 16. (Nr. 2., v. „ein stärkerer Eindruck für die Verbrecher zu erwarten ist“) ⁷⁴⁾, erinnere, wie dieses nicht genug bestimmt sei und der Willkür des Richters einen zu weiten Raum überlasse, da diese Rücksicht allgemein eine grössere Härte der Gefängnisstrafe, die dadurch abgekürzt wird, zu rechtfertigen vermag, muß ich mit Hinzunahme der §§. 17 — 19., welche von Vestungsstrafe und Vestungshaft handeln, der Einwendungen gedenken, zu welchen diese Vorschriften Anlaß geben.

Zunächst hat man die Annahme von drei Hauptarten der Freiheitsstrafe, Zuchthaus, Strafarbeit, Gefängnis, — welche unter anderen Namen in neueren deutschen Gesetzbüchern vorkommen, z. B. in Würtemberg, Baden ⁷⁵⁾ — getadelt und die mittlere Art für entbehrlich erklärt. Es wird dabei auf das zu befolgende System ankommen und läßt sich ohne eine gegebene Grundlage hin und her verhandeln ^{75 b)}. Der dreigliedrigen Eintheilung dieser Strafen entspricht dann auch meist eine solche der Verfehlungen, z. B. Verbrechen, Vergehen, Policeiübertretungen, während unser Entwurf nur zwei Arten kennt und das Mittelglied, die Vergehen, wenigstens nicht mit praktischen Folgen unterscheidet. Sondern man die letzte Classe ganz ab (wovon später die Rede seyn wird), so liefse sich gegen eine Unterscheidung von

⁷⁴⁾ S. meine Kritik des badischen Entwurfs S. 21 fg.

⁷⁵⁾ Wo nur „Gefängnisstrafe von mehr als drei Tagen und nicht über drei Monate“ eintritt, ist die Bezeichnung „Verbrecher“ nach der gangbaren Ansicht zu hart. In der That werden eigentliche Verbrechen schwerer gebüßt. Ueberhaupt scheint man, um durch eine Abwechslung der Ausdrücke eine gewisse Zierlichkeit der Sprache zu erzielen, darauf Verzicht geleistet zu haben, die für die Deutlichkeit so sehr wichtige Gleichförmigkeit durch bestimmte (technische) Bezeichnungen zu beobachten.

^{75 b)} Mittermaier a. a. O. Th. II. S. 57. 209.

Verbrechen und Vergehen nichts Erhebliches bemerken, wohl aber diese, die in der Verschiedenartigkeit der Gesetzwidrigkeiten gegründet ist und in der Volksansicht eine Stütze hat, — vertheidigen. Nur müßte ein wahrhafter, aus der Natur der Handlung und der sie bedingenden Gesinnung entlehnter Eintheilungsgrund aufgestellt und nicht eine willkürliche Sonderung, sogar der nämlichen Verfehlungsarten nach bloß äußerlichen Rücksichten, erfolgen, so daß dieselbe Handlung bald in die eine, bald in die andere Classe fiele, nach Umständen, die ganz außerhalb der Schuld des zu Beurtheilenden liegen, — es müßte nicht an diese erste Willkür eine zweite in Betreff der Competenz geknüpft werden, die zu steten Verwickelungen und Mißständen in der Praxis führt ⁷⁶).

76) Besonders nachdrücklich hat sich hiergegen Mittermaier bei vielen Gelegenheiten und zuletzt a. a. O. Th. I. S. 73 fg. Th. II. S. 40. erklärt, der jedoch die ganze Sache auf die Spitze stellt. Gewisse letzte Bestimmungen sind, obschon sich nicht überall ein innerer Grund darbietet, die Grenze nicht Etwas weiter oder enger zu ziehen, — doch unentbehrlich und kommen auch im bürgerlichen Rechte, im Processe etc. vor. Wenn er immer wieder darauf zurückkommt, daß der Unterschied eines Tages (der Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit bei Körperverletzung u. Gesundheitsstörung) entscheide, ob Jemand wegen Verbrechen oder Vergehen bestraft worden, so wird man zwar diesen, von so vielen Zufälligkeiten abhängigen, Umständen nicht einen Einfluß auf eine so wichtige praktische Folge einzuräumen geneigt seyn. Aber auch wenn das Gesetz (welches in Baiern ohnehin jetzt abgeändert ist) eine solche Trennung nicht macht, so würde doch nach allgemeinen Grundsätzen in der Strafzumessung die Größe des Schadens, die objective Seite der Handlung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Bei der Verjährung wird nicht minder der Unterschied eines Tages entscheiden, ob Jemand sein Recht klagbar geltend machen könne oder nicht: ebenso wird die Nothfrist eines Rechtsmittels bis auf die Stunde berechnet, und eine kleine Differenz entscheidet darüber, ob eine als *iniqua* anzufechtende Sentenz die Rechtskraft beschreite, oder ob ein Rechtsmittel Statt finde, von dessen Gebrauch und Erfolg die wichtigsten Interessen abhängen. Das ist die Natur des Endlichen.

Wird aber in geeigneter Weise ein solcher Unterschied festgestellt, der dann allerdings auch das Verfahren (in thesi) bestimmt; werden nicht alle Handlungen, die nicht Policeivergehen sind, als Verbrechen betrachtet, so wird er sich auch für die Strafen und, so weit diese die Freiheit beschränken, für die darauf berechneten Anstalten derselben als nothwendig erzeugen. Je mehr in der einen und andern Hinsicht die Volksmeinung, soweit sie nicht in Vorurtheilen sich äußert, sondern auf Beachtung Anspruch machen darf, solche Unterscheidungen bedingt, um so mehr wird sie und das sittliche Urtheil durch entsprechende Einrichtungen gebildet, und es läßt sich davon auch eine moralische Wirkung erwarten ⁷⁷⁾).

Diefs in Verbindung mit einer durchgreifenden Verbesserung des gesammten Gefängnißwesens würde möglicher Weise die Bestimmungen von §. 17—19. entbehrlich machen, die so vielfach, als der Forderung der Gleichheit vor dem Gesetze widersprechend, angegriffen worden sind. Zuvörderst darf man nicht übersehen, dafs für die Zuchthausstrafe keine andere Art der Detention nach den Rücksichten bestimmt sei, wie sie für die Strafarbeit ^{77 b)} und Gefängnißstrafe Statt finden darf ⁷⁸⁾. Und da erstere

⁷⁷⁾ Temme in seiner Kritik hebt dieses gebührend hervor. Es ist mir nur nicht deutlich, wie er einer Seits Verbrechen, Vergehen und Policeiübertretungen geschieden wissen will, Th. I. S. 35. und dafs dieses nicht geschehen, für einen grossen Fehler des Entwurfes ausgibt, — auf der andern Seite die entsprechende Unterscheidung der Strafen, namentlich die Arbeitshausstrafe verwirft und nur zwei Arten will. S. 59. Allerdings mit Vorbehalten. Dafs jetzt der Entwurf weder die innere, noch die äussere Symmetrie beobachte, läßt sich nicht in Abrede stellen.

^{77 b)} Der Ausdruck „Strafarbeit“ ist wieder nicht gut gewählt. Strafarbeit tritt auch bei der Vestungsstrafe ein. §. 18. Strafarbeitshaus entspricht dem Zuchthause. §. 13.

⁷⁸⁾ Denkschrift über die zur ständischen Berathung gestellten Fragen. Nr. 5. S. 6.

Strafe stets den Verlust der Ehrenrechte mit sich führt (§. 34.), so ist anzunehmen, daß überhaupt bei Verbrechen aus entehrenden Motiven, — also auch wo zwar Strafarbeitshaus, aber mit den ausdrücklich durch Gesetz bestimmten gleichen rechtlichen Folgen hinsichtlich der Ehre (§. 34. Absatz 2.) — eine solche Surrogirung ausgeschlossen sei, was auch wohl, durch die Fassung des §. 17. und 110. unterstützt, wenigstens nicht widersprochen wird.

„Auf Vestungsstrafe ist an Statt der Strafarbeit, und auf Vestungshaft an Statt der Gefängnisstrafe zu erkennen, wenn Solches nach den persönlichen oder bürgerlichen Verhältnissen des Verbrechers für angemessen zu achten sei.“

Man muß zu richtiger Würdigung dieser Bestimmung den §. 18. gleich verbinden, der die Art der Behandlung (vergl. §. 13.) angibt, wodurch diese Form der Freiheitsstrafe strenger, als die mit dem Gefängnisse in gleiche Linie gestellte Vestungshaft, sich auszeichnet (§. 19. vergl. mit §. 14.), — wo sich dann unter den gegebenen Voraussetzungen die Vorschrift (von §. 17. Absatz 2.) rechtfertigt: „Auf Vestungshaft darf an Statt der Strafarbeit nur in denjenigen Fällen erkannt werden, in welchen die Gesetze dies ausdrücklich zulassen.“

Es soll also, so scheint es, eine Ungleichheit hinsichtlich der strafrechtlichen Würdigung nicht eintreten, vielmehr liefse sich durch Vergleichung von §. 17. mit 13. (so weit dieses ohne nähere Kenntniss der Einrichtungen und nach den hier gegebenen, allerdings sehr unbestimmten Vorschriften möglich ist) schliessen, daß die Vestungsstrafe in der Vollziehung härter sei. Der Unterschied bestände demnach nur in der Verschiedenheit der Anstalten und deren Namen, die, wie nicht zu leugnen ist, auf die Volksmeinung Einfluß haben. Von der jetzt und für Civilsträflinge nicht vorkommenden Vestungsbaugesangenschaft ist nicht die Rede. Sonst wird Mancher, ohne Nachtheil für seine Ehre, gestehen (ja sich rühmen), auf der Ve-

stung gewesen zu seyn (z. B. wegen eines Zweikampfes), aber Niemand dasselbe in Betreff des Arbeitshauses thun. Dabei wird freilich vorausgesetzt, dafs nicht Handlungen der Niederträchtigkeit und Nichtswürdigkeit, sondern solche begangen seien, deren auch ein nicht Verworfener in Ueber-eilung etc. fähig wäre.

Demnach ergibt sich bei näherer Betrachtung eine wirkliche und bedeutende Ungleichheit, die ich zuerst andeute, ehe ich auf deren rechtliche Statthaftigkeit eingehe. In der Strafanstalt solle eine allgemeine, für alle Detinirten geltende Hausordnung, Disciplin und Nöthigung zu angemessenen Arbeiten Statt finden. Auf der Vestung kann eine die Individualität mehr berücksichtigende Behandlung eintreten, in'sbesondere „sollen die Detinirten nur zu solchen Arbeiten verpflichtet seyn ⁷⁹⁾, welche ihnen mit Berücksichtigung ihrer Fähigkeiten, Kräfte und bürgerlichen Verhältnisse angewiesen werden.“ Dafs bei der blofsen Vestungshaft, wo es heifst: die Verurtheilten seien den §. 18. erwähnten Beschränkungen nicht unterworfen, eine Begünstigung gegen die Gefängnisstrafe Statt finde, ergibt eine einfache Vergleichung der §§. 19. und 14., wobei auch die §. 16. dem Richter ertheilte Befugnifs, die Strafe intensiv härter zu machen, nicht vorkommt.

Es dringt sich nun die oft besprochene Frage auf, welchen Einflufs persönliche Verhältnisse auf die Strafe und Strafart haben dürfen? Den Verfassern des Entwurfs ist die Wichtigkeit derselben nicht entgangen ⁸⁰⁾. Die Forderung der Gleichheit vor dem Gesetze bedingt noch nicht

79) Dieser Ausdruck ist nicht passend für ein Strafgesetz, wenn nicht etwa auch dadurch schon eine gröfsere Milde sich kundgeben soll. Der Detinirte mufs arbeiten und kann dazu disciplinarisch genöthigt werden. Es soll diefs ja eine andere Weise der Strafarbeit seyn (§. 17. 18.).

80) S. d. angef. Denkschrift N. 4. S. 5.

nicht eine in die äussere Erscheinung fallende buchstäbliche Gleichheit der Behandlung: im Gegentheil muss an die Stelle der abstracten Gleichheit eine concrete, — darum aber nur scheinbare — Ungleichheit treten, um jener Forderung und der Gerechtigkeit zu genügen⁸¹⁾. Die Voraussetzungen sind schon ungleich und werden auch in anderer Hinsicht beachtet, z. B. des Alters (§. 112.). Auch darf man annehmen, der Entwurf werde sie nicht blofs bei der Wahl der Strafart, sondern auch und vor Allem bei Zumessung der Strafe selbst, d. h. bei Würdigung der Handlung in Anschlag bringen. Die Personen, deren Verhältnisse nach §. 17 fg. die Detention in der Vestung bedingen, — mit Ausschluss der Fälle, wo Zuchthaus ohne allen Unterschied erkannt werden muss, — werden von einer höhern Zurechnung getroffen: es müssen an sie gröfsere Ansprüche auf Achtung des Gesetzes überhaupt, auf Selbstbeherrschung, auf Einsicht in die Natur des strafbaren Unrechts etc. gemacht und gewisse, bei Anderen möglicher Weise eintretende entschuldigende Rücksichten ausgeschlossen werden. Erst indem dieses, was für sie — bei sonst gleichen Umständen — eine erhöhte Strafe begründet, von Rechtswegen in Berechnung gebracht ist, entsteht die weitere Frage, ob nicht dieselben Rücksichten auch gelten dürfen, um nicht durch die Vollstreckung dem Einen mehr Uebel zuzufügen, als dem Andern und an die Stelle der geforderten Gleichheit vielmehr eine sehr grofse Ungleichheit zu setzen? Diese Frage hat — mit dem schon gedachten und auch im Entwurfe gemachten Vorbehalte — die auf Gerechtigkeit gestützte Gesetzespolitik bisher bejaht, und wenn auch jene nothwendige Ausnahme immer nur eine solche bleiben, also eine beschränkte Anwendung

81) Meine Abhandlung: „Ueber die verhältnissmäfsig gleiche Behandlung mehrerer Uebertreter desselben Strafgesetzes“ im Archive des Criminalr. J. 1835. S. 151 fg.

finden muß, so darf sie doch nicht ganz aufgehoben werden. Tadelnswerth wäre es, wenn das Gesetz ohne Rücksicht auf das Verbrechen und die Gesinnung, aus welcher dasselbe überhaupt seiner Natur nach oder in dem besondern Falle hervorgeht, für gewisse Stände oder Classen auf diese Weise ein Privilegium ausspräche. Dieß ist aber, wie ich den Entwurf glaube verstehen zu müssen, nicht der Fall. Persönliche und bürgerliche Verhältnisse werden allerdings auch den Stand in sich begreifen, aber nicht als solchen, sondern in sofern durch diesen eine gewisse Bildung, Lebensweise und Ansprüche bedingt werden, die nicht als gesetzliche bestehen, vielmehr in der Sitte und Volksansicht ihren Grund haben. Sollen jene beiden Ausdrücke nicht pleonastisch genommen werden, so muß man, da die bürgerlichen Verhältnisse wohl den Stand, aber nicht in dem Sinne von Rang und Vornehmheit, sondern der Art der Beschäftigung und des Verkehrs, aber auch noch mehr als dieses bezeichnen, unter den persönlichen die von jenen verschiedenen verstehen, welche eine Berücksichtigung der Individualität in dem Sinne fordern, wo letztere mit der zu beurtheilenden Handlung in Verbindung steht. Dieß in gerechter Weise zu beachten, kann nicht nur nicht gemißbilligt, sondern muß vielmehr gefordert werden. Es wird nothwendig und würde — so lange unsere jetzigen Gefängniß-Einrichtungen nicht gegen Andere aufgegeben worden, welche jenes Bedürfnis beseitigen, — im Wege der Gnade seine Befriedigung finden, wenn es nach dem strengen Gesetze nicht geschehen könnte. Nur ein anderes System der Strafen und eine andere Eintheilung der Sträflinge nach Art und Motiven der Verbrechen, sowie letzterer selbst, könnte ein anderes Ergebnis herbeiführen, — was freilich im Zusammenhange mit anderen Forderungen der Zeit zu wünschen wäre.

Von der körperlichen Züchtigung (§. 21 — 28.) möge nur kürzlich gehandelt werden. Die allgemeine

Stimme hat sich zu entschieden dagegen erklärt und selbst die Motive ⁸²⁾ erkennen an, daß die Stimmen der Sachverständigen für und wider gleich seien. Es haben freilich einige Landtage sich für deren Beibehaltung, selbst in noch größerer Ausdehnung ausgesprochen, als der Entwurf, der hier jeden Falls anzuerkennende Beschränkungen aufstellt, sie zuläßt. Wir dürfen auf die vielen, den Gegenstand betreffenden Erörterungen verweisen und haben die Ansicht der Unzulässigkeit dieses herabwürdigenden, ungleich wirkenden, schädlichen Strafmittels nicht durch Wiederholung des Bekannten zu begründen. Möchte Preussen hierin ebenso vorgehen, — ein Ruhm, der ihm freilich, da schon durch andere Gesetzgebungen dieses Mittel abgeschafft ist, nur noch im Verhältnisse zu wenigen anderen erreichbar ist, — sowie es dieses durch regelmäßige Abschaffung dieser Strafart gerade da es gethan, wo man früher von der Unentbehrlichkeit derselben zu Aufrechthaltung der Disciplin so überzeugt war, daß der Gedanke eines Zweifels gar nicht aufkam. Die Hoffnung, daß auf diese Weise die betreffenden Bestimmungen überflüssig werden, darf nicht abhalten, sie der Kritik zu unterwerfen.

Der §. 20.: „Wenn bei einzelnen Verbrechen das Gesetz die körperliche Züchtigung als Strafe ausdrücklich zuläßt, so hat der Richter nach den besonderen Umständen des Falles und den persönlichen Verhältnissen des Verbrechens zu ermessen, ob diese Strafart in Anwendung zu bringen sei;“ wählt eine so bedingte Form, daß man zwar darin eben so sehr mit Genugthuung die Aufstellung einer besondern Ausnahme erkennt, als man es billigen muß, daß nur, wo das Gesetz ausdrücklich es gebietet, auf diese Strafe erkannt werden dürfe, wonach also die Freiheit des

8 *

82) Denkschrift N. 6. S. 7.

richterlichen Ermessens nur dahin geht, diese gesetzliche Strafe nach Umständen auch zu entfernen, nicht umgekehrt sie, ohne ausdrückliche Anordnung, zu verfügen. Aber diese bedingte Sprachweise paßt nicht für das Gesetzbuch. Es müßte heißen: Dafs diese Strafe nur in den ausdrücklich angegebenen Fällen erkannt werden dürfe. Dann folgt die Anweisung, wie sich der Richter zu verhalten hat. Auch würde es der Willkür weniger Raum geben, wenn die besonderen Umstände (z. B. arger Muthwillen, Bosheit, Gemeinheit der Gesinnung, soweit dieß nicht schon in der Natur der Handlungen liegt, welche der Entwurf mit dieser Strafe bedroht,) angeführt würden. Die persönlichen Verhältnisse, die den Umständen entgegengesetzt werden, beziehen sich nicht auf die Züchtigungsfähigkeit (§ 24.), sondern wohl auf Das, was hier eben das Empfindliche ist, dafs gewisse Personen der niedrigsten Classe im Allgemeinen als dieser Strafart unterworfen bezeichnet werden. Dieß dürfte höchstens bei Rückfall, indem der Schuldige — gleichsam als schon wegen Niederträchtigkeit offenbarender Handlungen bestraft — in die zweite Classe versetzt wird, einige Rechtfertigung finden.

Ferner §. 22.: „Läßt das Gesetz zwischen Freiheitsstrafe und körperlicher Züchtigung die Wahl, so kann der Richter entweder auf letztere allein oder auch auf beide zugleich erkennen;“ ist so wenig bestimmt gefaßt, dafs man glauben möchte, der Richter dürfe auch cumulativ erkennen, indem selbst der Nachsatz „und werden ⁸³⁾ in letzterem Falle bei Ermessung der Strafe zehn bis zwanzig Hiebe ⁸⁴⁾ einer vierwöchentlichen Gefängnisstrafe gleichgeachtet“ die Zweifel nicht entfernt. Der Richter

83) Eine der Sprache nicht angemessene Wendung in Unterstellung verschiedener Subjecte, gegen welche sich längst vor Allem Hugo erklärt hat.

84) Wie unbestimmt!

könnte z. B. mit Rücksicht auf §. 16. — um die Dauer abzukürzen und die Zwecke Nr. 1. und 2. zu erreichen, einen Theil der Gefängnisstrafe in Hiebe verwandeln. Das Gesetz meint aber wohl eine alternative Zuerkennung mit der Wirkung, wie diese überhaupt zulässig ist.

Nach §. 23. „mufs das Mafs der körperlichen Züchtigung in dem Erkenntnisse bestimmt werden und darf die Anzahl von vierzig Hieben nicht übersteigen.“

Mafs wird hier mit Zahl gleichbedeutend genommen, es bedeutet aber noch etwas Anderes und gerade darauf beziehen sich — neben dem aus der erniedrigenden Behandlung entnommenen Einwande — die vorgebrachten Bedenken, dafs das Mafs ausserhalb der Berechnung des Richters liege und Willkür, Stärke etc. des Vollstreckers entscheide. Das Werkzeug ist ohnehin nicht angegeben. Wo dieses Mittel noch im Gebrauche ist, bestehen hierüber nicht minder genaue Vorschriften, als über die Nothwendigkeit, in jedem Falle, nicht blofs wie §. 24. will, „wenn zu besorgen ist, dafs die Züchtigung der Gesundheit nachtheilig werden könne,“ eines einzuholenden gerichtsarztlichen Gutachtens. Sonst versteht sich wohl von selbst, dafs die Zahl der Streiche nicht dem arbitrium des nach §. 25. ausersehenen Vollstreckers überlassen bleibt und dafs auch, wo eine solche Belehrung nicht Statt findet, wie z. B. gleich §. 26., über die natürlich auch innerhalb des Strafrechnens zu verhängenden Geldbussen, und bei allen Freiheitsstrafen auf zeitliche Dauer — das Erkenntnifs genau die Strafe ausspreche.

Indem der §. 25., welcher von Vollstreckung der Züchtigung (d. h. eben von der Züchtigung, als Vollstreckung des Urtheils) spricht, schliesslich verfügt: „Mehr als zwanzig Hiebe dürfen an einem Tage nicht ertheilt werden“ (scil. für das nämliche Individuum), so könnte man dies als eine Anweisung für den Gerichtsdienner ansehen, der die zuerkannte Zahl von Hieben, z. B. 36, nach

Belieben auf mehrere Tage zu vertheilen hätte, und nur jenes Maximum von 20 pro Tag nicht überschreiten sollte. So wie sich aber wohl versteht, daß diese auf einen Tag kommende Anzahl auf ein Mal und nicht etwa wieder in Raten nach Zeitintervallen zu ertheilen sei ⁸⁵⁾, so ist auch wohl anzunehmen, daß überhaupt jede Willkür entfernt werde. Es müßte also schon im Urtheile (wie es jetzt bei kriegsrechtlichen Sentenzen gegen Individuen der zweiten Classe geschieht) genau bestimmt werden, wie mit der Vollstreckung zu verfahren sei. Dann würde dieß zu §. 23. gehören. Die §§. 23. 24. dürften sich unmittelbar an §. 2. anschließen.

Man sieht, zu welchen widerlichen Erörterungen dieser Gegenstand Anlaß gibt.

Daß von Geldbußen häufiger, als in der bisherigen Gesetzgebung Gebrauch gemacht werde, ist gut zu heißen. Dem Vorwurf fiscalischen Interesses kann durch zweckmäßigen Gebrauch und durch die Angabe des Zwecks der Verwendung der Geldbusse begegnet werden. Es gibt Vergehen, wo eine andere Ahndung unangemessen oder hart wäre und wo auch eine Geldstrafe die Bestimmung genügend erfüllt, öffentlich die Mißbilligung der Handlung zu erklären und dem Frevler fühlbar zu machen. Keineswegs wird dadurch und besonders nicht nach der völlig angemessenen Verordnung des Entwurfs, dem Reichen ein Privilegium — und dieses auch nicht im entgegengesetzten Sinne — ertheilt. Der Vermögende entbehrt vielleicht ohne Schmerz eine namhafte Summe: aber keineswegs wird es ihm, da die Strafe doch immer auf den Willen und die Empfindung bezogen wird, gleichgiltig seyn, wenn er das Geld als Buße entrichten muß.

Ebenso muß der §. 27., der mit Recht die Confis-

⁸⁵⁾ Vergl. meine Bemerkungen über die terminweise Abbüßung der Strafen in der Allg. Lit. Zeit. 1832. Nr. 12. S. 89 fg.

cation nur auf einzelne Gegenstände beschränkt, rücksichtlich der Bestimmung, — dafs „Werkzeuge, mit welchen ein Verbrechen verübt worden, sofern sie dem Verbrecher gehören, jeder Zeit zu confisciren seien“ — in Schutz genommen werden gegen den deshalb ausgesprochenen Tadel, indem vielmehr unbedingt Confiscation, selbst zum Nachtheile des ganz unschuldigen Eigenthümers, beantragt und, wie es scheint, für gerecht ausgegeben wird ⁸⁶). Es läfst sich nicht absehen, wie der Umstand, dafs der Verbrecher sich eines fremden Werkzeugs bediene (z. B. das er selbst gestohlen oder dessen er sich, wie er auch dazu gekommen sei, bedient, um den Verdacht auf den Eigenthümer zu lenken), eine Aenderung in den Rechtsgrundsätzen über Eigenthum zu begründen, oder wie eine strafpoliceiliche Rücksicht den Gesetzgeber dazu zu bestimmen vermöge. Der Regrefs gegen den Verbrecher wird nicht selten erfolglos und die Geldentschädigung für den unschuldigen Eigenthümer ^{86 b)} nicht stets ausreichend seyn. Es ist übrigens anzunehmen, dafs auch bei dem Versuche und gegenüber den Gehilfen etc. diese Confiscation ihrer Werkzeuge etc. Statt finde und ferner unterliegt die Confiscation auch wirklich fremden Eigenthums dann keinem rechtlichen Bedenken, wenn die Rede ist von Gegenständen, die regelmäfsig nicht in rechtmäfsigem Besitze und Gebrauche seyn können, z. B. Dittriche, Nachschlüssel, Formen und Platten etc., die zu einem Münzverbrechen, der Nachmachung von geldwerthen Papieren, gedient haben oder hatten dienen sollen.

86) Schwarz Kritik etc. S. 36. 37.

86 b) Würde es sich z. B. rechtfertigen lassen, Wagen und Pferde, die Jemand zu einer Entführung gebraucht und von einem Andern ohne Angabe des Zweckes geliehen hätte, zu confisciren? Oder wollten die Gegner des Entwurfs Werkzeug in einer engern technischen Bedeutung nehmen? Diefs könnte übrigens an der Sache selbst, die hier in Frage gestellt wird, Nichts ändern.

In §. 28. 29. werden die Strafen in Beziehung auf öffentliche Aemter genannt. Wenn nicht schon §. 8. Nr. 8. 9. 10. die Cassation, Amtsentsetzung und Degradation als drei, zweckmäfsig abgestufte, Strafarten erwähnte, so könnte man durch §. 28. veranlaßt werden, die Cassation und Amtsentsetzung für gleichbedeutend zu halten, so daß der Ausdruck Cassation nur als ein der Abwechslung wegen gebrauchter erscheinen dürfte; ohnehin wird die Cassation hier zur zweiten, dort zur ersten Stelle angeführt. Der Unterschied wird jedoch besonders noch durch die besonderen Strafsatzungen ausser Zweifel gesetzt. „Die Cassation zieht ausserdem“ (d. h. ausser den Wirkungen, welche die von ihr verschiedene Amtsentsetzung hat) „noch die Unfähigkeit zu jedem öffentlichen Amte nach sich“ und ihr Begriff wird eben durch diese ihr eigenthümliche Folge bestimmt. Der Sprachgebrauch ist von dem gewöhnlichen abweichend und wir haben hier ein Fremdwort, welches in dieser aufgestellten juristischen Bedeutung geradezu unübersetzbar ist. Einfacher wäre wohl eine deutsche Bezeichnung, Amtsentsetzung mit und ohne jene Folge. Dem Volke wird das nicht verständlich und wenn auch die Strafe sich nur auf Beamte bezieht, so hat doch jenes auch sein Urtheil. Da übrigens nach §. 29. die Degradation (warum nicht auch hier eine deutsche Bezeichnung?) darin besteht, „daß der Beamte sich der Versetzung in eine mit geringerem Einkommen verbundene Stelle einer untern Classe unterwerfen muß,“ so könnte der Entsetzte besser wegkommen, als der Degradirte, indem ihm die Möglichkeit zur Wiederanstellung ohne jene Beschränkung gelassen wird. Ohne Zweifel wird auch dem Degradirten bei wahrgenommener Besserung die Hoffnung zum Aufsteigen nicht entzogen.

Man hat gefragt, ob, wenn die Entsetzung sich auf alle von dem Verurtheilten bekleideten öffentlichen

Aemter beziehe, dieser dann die ihm anvertrauten Privatämter behalten dürfe? Ohne Zweifel wird das Verbrechen und die Strafe auch ein Grund seyn, wonach der Principal das Privatamt aufkündigt, und von selbst tritt es ein, wenn eine Freiheitsstrafe concurrirt (§. 34.). Aber es liegt außerhalb der öffentlichen Straf Gewalt, diese Folge zu bestimmen.

Ohne Grund, wie mir scheint, hat man die Bestimmung des Entwurfs §. 29. angefochten, daß die Degradation nur gegen Beamte im unmittelbaren Staatsdienste anwendbar sei⁸⁷⁾. Mittelbare Beamte z. B. der Communen, Patrimonialrichter etc. werden nicht vom Staate angestellt, dieser kann also auch nicht ein solches Amt, — auch nicht das in der Amtsordnung geringere, — zur Strafe verleihen; es wäre dieß ein Eingriff in fremde Rechte. Die Commune z. B. wählt nach individuellem Vertrauen. Wäre zufällig bei ihr eine geringere, den übrigen Verhältnissen des Verurtheilten angemessene Stelle erledigt, so kann ihr nicht das Recht entzogen werden, hierzu eine andere Person zu wählen und zur höhern Bestätigung zu präsentiren, der sie ihr Vertrauen schenkt, und noch weniger würde einer fremden Gemeinde der zu Degradirende aufgedrungen werden dürfen. Dagegen ist diese Strafmafsregel in unmittelbarem Staatsdienste und in einem so grofsen Staate, wie Preussen, durch Versetzung ausführbar, ohne daß Jemand beeinträchtigt wird; sowie sich auch darin eine billige Rücksicht für den Strafbaren zeigt, der weder die Entsetzung verwirkt hat, noch in dem bisherigen Amte belassen werden darf.

Richtig ist aber, daß es einer Bestimmung bedarf, wie gegen einen mittelbaren Beamten zu verfahren sei, welcher die hier unausführbare Degradation verwirkt hat, indem allerdings, da weder Entsetzung, noch Beibehaltung

87) Temme Kritik S. 66.

im Amte zulässig ist, hier entweder ein Surrogat eintreten müßte oder eine „sehr bedenkliche Disciplinar-Maxime“ geltend gemacht würde ⁸⁸).

Unter den Strafmitteln wird §. 30. „Der Verlust von Pensionen (das Marginale sagt mit Rücksicht auf §. 31.: Pensionen und Gnadengehalten), welche aus der Staatscasse an entlassene Staatsdiener gezahlt werden“ angeführt. Auf den Verlust anderer Pensionen ist nur dann zu erkennen, wenn Solches durch besondere Vorschriften bestimmt ist.

Hier entsteht zuvörderst die Frage, wie die beiden Arten der Pensionen zu unterscheiden seien. Andere Pensionen, als aus der Staatscasse, könnten aus bestimmten, jedoch auch öffentlichen Fonds fließen, dergleichen für bestimmte Beamtenklassen bestehen, ohne deshalb die Eigenschaft zu verlieren, welche sie unter die erste Art unterstellen ließe. Aber auch die Pensionen dieser Art sind nicht lediglich Gnadensachen und der Fond dazu, wenn auch eine Staatscasse ihn aufnimmt und daraus bezahlt, wird vornehmlich mit durch Gehaltsabzüge und Beiträge der Beamten gebildet. Ist es nun auch unzweifelhaft, daß, soweit die Gewährung einer Pension in der Gnade gegründet ist, der Schuldige diese Gnade verscherze, möge das Verbrechen vor oder nach der Dienstentlassung begangen worden seyn, so kann doch nicht dasselbe behauptet werden, wo auf die Pensionirung ein rechtlicher Anspruch bestand. Der Antrag des preussischen Provinziallandtags scheint daher Erwägung zu verdienen, daß ein Unterschied zu machen sei zwischen den während der Dienstzeit, also vor der Entlassung, verübten Verbrechen (welche nur erst später zur Kenntniss des Gerichts gelangen), wo der Pensionsverlust gerechtfertigt erscheint, da die Pension gar nicht erworben worden wäre, wenn das Verbrechen früher

88) Temme a. a. O. und Schüler Kritik S. 32.

entdeckt wurde, und zwischen dem Falle später verübter Verbrechen, die dann in der Regel eine Beziehung auf den Dienst und auf die durch diesen erworbenen Rechte nicht darbieten. In der That würde dadurch eine theilweise Vermögensconfiscation eingeführt, durch welche nicht bloß der Schuldige leidet ⁸⁹⁾).

Die in §. 32. verordnete „Entziehung der Befugniss zum selbstständigen Betriebe eines Gewerbes als Strafe ⁹⁰⁾ kann für immer oder auf eine bestimmte Zeit Statt finden.“ Sie erscheint Theils als eigne Strafe, Theils als Folge einer andern und würde dann in'sbesondere bei den Ehrenstrafen ihren Platz finden (§. 33.).

So begründet diese Strafe nicht selten seyn muß, so darf sie doch nicht zu weit ausgedehnt werden, wenn nicht der Rücktritt und die ehrliche Erwerbsthätigkeit zu sehr beschränkt oder erschwert werden soll. Sie wird sich rechtfertigen bei entehrenden Verbrechen und Strafen, als deren nothwendige Folge und auch ohne diese, wo die Ausübung des Gewerbes ein besonderes Vertrauen auf die Vorsicht und Gewissenhaftigkeit voraussetzt, durch deren Mangel ein gefährlicher geflissentlicher Mißbrauch Statt finden könnte. Für undeutlich vermag ich übrigens die

89) Vergl. Achter Provincial-Landtag der Stände des Königreichs Preussen. II. Bd. Denkschriften. Königsb. 1843. 4. S. 125. Es wird hier aufmerksam gemacht auf die Allerhöchste Cabinetsordre vom 21. Mai 1825 (G. S. S. 117.) und auf das Militär-Pensions-Reglement vom 13. Juni 1825 §. 14. Nr. 3. Der Entwurf geht weiter: „Die Cabinetsordre läßt den Verlust der Pension nur für die Dauer der Strafzeit eintreten, wenn ein nach der Entlassung verübtes Verbrechen gegen einen im activen Dienste befindlichen Beamten die Amtsentsetzung zur Folge gehabt haben würde. Das Militär-Pensions-Reglement gestattet allein, daß auf immerwährenden Verlust der Pension erkannt werde.“

90) Sie ist auch als staatspoliceiliche Maßregel selbst in Fällen bedingt, wo der Mißbrauch nicht gerade ein Verbrechen an sich oder in seinen Wirkungen begründet.

Bestimmung: „selbstständigen Betriebes“ nicht zu halten. Der Strafbare oder Bestrafte soll nicht unbedingt aufser Stand gesetzt werden, das Gewerbe zu betreiben, zu dem er geschickt ist; er kann es nur nicht ohne Aufsicht ausüben: er darf also als Geselle oder Gehilfe eines berechtigten Meisters arbeiten. Für ihn würden dann die Rechte verloren gehen, welche §. 33. Nr. 3 a. E. genannt sind.

In §. 33 — 36. ist die Rede von Ehrenstrafen, wie es §. 33. und in der Randrubrik, oder: dem Verluste der Ehrenrechte, wie es §. 8. Nr. 13. und §. 34. heisst ⁹¹⁾. Eine der schwierigsten Aufgaben für die Gesetzgebung, hier die Vorschriften weder in Widerspruch mit der wohlbegründeten Ansicht des Volkes zu setzen ⁹²⁾, noch sich durch dessen Vorurtheil bestimmen zu lassen; und die hier eintretenden politischen Rücksichten nur auf dem Grundsatz der Gerechtigkeit zu beobachten, dafs ein Mal die Art der Strafe mit diesem vereinbar sei, und dann, dafs der Schuldige auch in dieser Hinsicht die verdiente Strafe, aber nicht mehr, erleide. Zu billigen ist es, dafs eine allgemeine oder theilweise Ehrlosigkeit, die ohnehin eine juristische Bedeutung nur als völlige oder relative Rechtlosigkeit (in einem unserer Sitte frem-

91) Auf die Ungleichheit der Ausdrücke, auf die nicht seltene Incongruenz der Marginalrubriken (die zuweilen auch ganz fehlen) mit dem Gesetzestexte ist von verschiedenen Seiten aufmerksam gemacht worden. Man hat vorgeschlagen, sie nach dem Vorgange des Code pénal ganz hinwegzulassen. Sollen sie nicht ganz müssig stehen, oder nicht blofs die Stelle eines Inhaltsverzeichnisses Behufs erleichterten Nachsehens vertreten, wobei man die Ansprüche auf Genauigkeit und Vollständigkeit nicht zu hoch steigert, — sollen sie vielmehr als integrierender Theil des Gesetzbuches betrachtet und bei der Auslegung benutzt werden, so ist eine grössere Sorgfalt der Redaction zu empfehlen. Ich erinnere an die Controversen, zu denen in dieser Hinsicht das Allg. Landrecht Anlaß gegeben hat.

92) v. Savigny System des römischen Rechts. Th. II. S. 229. Anmerkung.

den Sinne) haben könnte, nicht vorkommt. Vorurtheil war es, wenn die gemeine Meinung die Nachteile an der Ehre mehr an die erlittene Strafe und in'sbesondere die Strafart, als an die Handlung knüpfte. Und doch kann man sich noch jetzt nicht davon losmachen. Nicht als ob nicht das richtige Urtheil des Volkes die Handlungen, die aus niedriger Gesinnung hervorgehen, gehörig würdigte, — die Verachtung trifft die Schuldigen auch ohne Rücksicht auf die Strafe. Aber wohl galt auch ohne Rücksicht auf das Verbrechen die Strafart und Vollziehungsweise bald als entehrend, bald nicht; und wenn man bei dem Mangel gehöriger Sonderung der Anstalten Verbrecher beider Kategorien in derselben Anstalt aufbewahrte und dann glaubte, durch einen richterlichen Vorbehalt der Ehre entweder das Strafübel in die gerechte Schranke zu verweisen oder dem Vorurtheile der gemeinen Meinung zu begegnen, so hat der Erfolg das Unzureichende dieses Auswegs gezeigt. Allerdings läßt sich die Ansicht, jenes Urtheil an die Strafe zu knüpfen, nicht ganz verwerfen, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß eben die Strafe auch in ihrer concreten Gestalt und Ausführung eine gerechte, der Natur der verbrecherischen Handlung entsprechende sei. Dieser Forderung sucht die neuere Gesetzgebung dadurch zu genügen, daß einer Seits der Verlust der Ehrenrechte zwar an eine gewisse Strafart (nach dem Entwurfe an die Zuchthausstrafe und Cassation §. 32.) geknüpft werde, auf welche jeder Zeit ausdrücklich erkannt werden soll, — was ich nicht mißbillige, was aber doch nur dann eine juristische Bedeutung hätte, wenn es Fälle gäbe, wo in diesen Strafarten jener Verlust nicht mit inbegriffen wäre und wobei nur etwa zu erinnern wäre, daß jenes mit dem Minimum von einem Jahre nicht stets gerechter Weise vereinbar erscheint, daß diese Strafart überhaupt ein höheres Minimum erfordere und die geringer zu ahndenden Fälle mit Arbeitshausstrafe um so eher gebüßt

werden könnten, als auch bei dieser und anderen Strafarten der Verlust der Ehrenrechte, „wenn Solches bei einzelnen Verbrechen besonders bestimmt ist,“ ausgesprochen werden kann (§. 34. Abs. 2.); weshalb ich mich, mit Rücksicht auf die Eintheilung der Gesetzesübertretungen, auf das früher Ausgeführte beziehe. Anderer Seits wird, wie eben bemerkt, jener Verlust an die mit anderen Strafen zu rügenden Handlungen geknüpft, wie z. B. das norweg'sche Gesetzbuch ausspricht, daß der Schuldige des öffentlichen Vertrauens unwürdig sei ⁹³⁾, worunter dann auch die in unserem Entwurfe nicht erwähnte Unfähigkeit zur Ablegung eines öffentlichen Zeugnisses begriffen ist ⁹⁴⁾. Nur muß dann der richterlichen Beurtheilung die gebührende Freiheit gestattet seyn, da sich — einige unter allen Umständen die Niederträchtigkeit bekundende Handlungen ausgenommen — keineswegs für alle einzelnen Fälle eine solche allgemeine Bestimmung ohne Verletzung der Gerechtigkeit geben läßt; vielmehr die Individualität derselben in Betracht kommt und darnach eine sonst nicht entehrende Handlung es werden kann, und wiewohl das Umgekehrte seltener eintreten dürfte, so ist es doch auch möglich.

Es ist dabei des Instituts der Rehabilitation zu gedenken, welches so, wie es in Frankreich bestand, allerdings zu vielfachen Bedenken Anlaß gibt, doch aber, in gehöriger Weise geordnet, ein wichtiges, von der Gesetzgebung nicht zurückzuweisendes Mittel der Versöhnung des juristischen und des höhern Rechts ist; und dessen geregelte Ausübung durch die Gerichte keineswegs als ein

93) Motive zu dem Entwurfe von 1832. Deutsch v. Thaulow. S. 59 fg.

94) Deren unbedingte und für die ganze fernere Lebenszeit dauernde Annahme allerdings wieder nicht zu rechtfertigen ist. Mittermaier a. a. O. S. 291. N. 8.

Eingriff in das landesherrliche Begnadigungsrecht erscheint⁹⁵⁾).

Je mehr an sich schon entehrende Strafen, als mit der Gerechtigkeit unvereinbar, hinwegfallen, je mehr, was damit zusammenhängt, an die Stelle der Art und dem Grade nach absolut bestimmter Strafen solche gedroht werden, die es dem gerechten Ermessen des Richters möglich machen, den Schuldigen nach dem Grade seiner Schuld, also auch so zu strafen, daß ihn nicht nach erstandener Hauptstrafe die Folgen dauernd treffen, welche mit der zu bezweckenden Besserung im Widerspruche stehen, um so sparsamer wird die Gesetzgebung von einem Mittel Gebrauch machen, das zwar durchaus nicht entbehrt werden kann, aber stets in der Anwendung einen besondern Tact erfordert. Die verschiedenen Vorschläge, die in dieser Hinsicht gemacht sind⁹⁶⁾, sucht der Entwurf möglichst zu verbinden. In der That wird irgend ein einzelner, z. B. nur an die Strafart oder nur an die That den Verlust der Ehrenrechte zu knüpfen, oder in dieser und jener Hinsicht nicht Alles durch bestimmte Vorschriften zu erschöpfen, sondern dem Richter eine von Willkür entfernte Freiheit einzuräumen und die Restitution entweder unmittelbar nach erlittener Strafe oder durch spätere Rehabilitation oder nach dem Eintritte gewisser Bedingungen eintreten zu lassen, — sich praktisch nicht vollständig bewähren. Uebrigens gehört dieß vorzugsweise zu den Gegenständen, worüber erst die Erfahrung belehren kann, und es muß daher auf diese, so weit sie bereits zur öffentlichen Kenntniß gekommen ist, die Aufmerksamkeit gerichtet werden⁹⁷⁾).

95) Vergl. überhaupt: Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung etc. I. S. 273 fg. Badischer Entwurf §. 17. 18.

96) Mittermaier a. a. O. S. 292.

97) Hufnagel Commentar über das würtemb. Strafgesetzbuch. Th. I. S. 52 fg.

Da übrigens dieser Punct von der theoretisch und praktisch legislativen Seite ziemlich ausführlich erörtert ist⁹⁸⁾, so will ich nicht länger dabei verweilen und nur über die einzelnen Ehrenrechte, deren Verlust nach dem Entwürfe zur Strafe eintreten soll, einige Bemerkungen mir erlauben, bei denen gleichfalls die Erinnerungen als bekannt vorausgesetzt werden, welche unter Anderem auch gegen den Entwurf vorgebracht worden sind.

Unter Nr. 1. nennt §. 33. den Verlust des Adels, worüber Viel gestritten, Theils weil dieser eigentlich factisch gar nicht, sondern nur die Ausübung der in ihm enthaltenen Rechte ausgesprochen werden könne, Theils weil man darin eine Verletzung des Standes der s. g. Bürgerlichen (d. h. der Nichtadeligen) finden will, welchem nunmehr der Verurtheilte angehören solle. Man glaubt eine widerrechtliche Begünstigung des Adelstandes darin zu erkennen, der vielmehr auch seine unwürdigeren Genossen behalten müsse, oder ein Unrecht, das der unschuldigen Familie, z. B. den Nachgebornen, zugefügt werde, deren Adelsrecht auf dem Blute und der Abstammung, als einer unverilgbaren und auferhalb der Macht des Gesetzgebers und des Richters stehenden Thatsache, beruhe⁹⁹⁾. Ich enthalte mich einer Ausführung, die zu Wiederholungen nöthigen würde. Unter den Einwendungen gegen den Adelsverlust vom politischen Standpunkte ist die einer Herabsetzung der Bürger-

98) Vergl. noch Heffter im Archiv des Criminalr. J. 1837. S. 333 fg.

99) Ueber die ausgesprochenen verschiedenen Ansichten vergl. k. würtemb. Gesetz vom 5. Sept. 1839 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen. Art. 2. und dazu v. Wächter im Arch. für civil. Praxis Bd. XXIII. S. 33 fg. Hohbach im Arch. des Criminalr. 1839. S. 226 fg. Hufnagel Commentar Th. I. S. 64 fg. Breidenbach Commentar über das großh. hessische Strafgesetzb. Th. I. S. 401 fg.

gerlichen am Wenigsten gegründet. Mehr liefse sich vom rechtlichen Standpuncte erinnern und in der That haben neuere Gesetzgebungen entweder im Allgemeinen den Verlust der Ehrenrechte ausgesprochen, oder wo des Adels namentlich Erwähnung geschehen, die Ausübung der mit dem Adel verfassungsmässig verbundenen Rechte abgesprochen, auch wohl durch besondere Bestimmungen vorgesehen, dass die Rechte Dritter nicht durch diese Strafe beeinträchtigt werden. Diefs nun ist unerlässlich, dass gewisse Verbrechen und Strafen dem Adelligen nicht minder wie den Mitgliedern anderer Stände den Verlust der besonderen Rechte, deren hier gedacht wird, zuziehen müssen. Dabei kann kein Unterschied zwischen dem neuen, vom Landesherrn ertheilten Adel und dem ältern, der eine von solchem unabhängige Ursprünglichkeit in Anspruch nimmt, Statt finden. Wo es aber auf eine nicht zu tilgende Thatsache ankommt, die so wenig selbst durch Rechtsspruch und Fiction ungeschehen gemacht werden kann, als etwa, wenn ein Individuum der auf dem Felde der Ehre verdienten Auszeichnung wegen spätern Verbrechens verlustig erklärt wird, dadurch dessen früheres Verdienst aus der Geschichte und der Erinnerung gelöscht zu werden vermag, da möge man sich begnügen, die Rechte selbst und deren Ausübung zur Strafe zu entziehen, und indem man den Adel als Thatsache, die hiernach völlig juristisch gleichgiltig bleibt, bestehen lässt, kann es dem Urtheile der Standesgenossen und aller anderen rechtlichen Personen überlassen werden, wie sie sich in Betreff Desjenigen, dem Bestraften gegenüber, verhalten zu müssen glauben, worüber sich keine Gesetze aufstellen und ausführen lassen, sondern die Sitte ihre Anforderungen geltend macht. Sowie aber zwischen dem unbescholtenen Bürgerlichen und dem mit Verlust der Ehrenrechte bestraften Mitglieder des Adelstandes ein positiver und unberechenbarer Unter-

schied Statt findet, der keineswegs durch die negative Bestimmung wegfällt, daß beide nicht zum Adelstande gehören, — der eine, weil er niemals von Adel war, der andere, weil er es nicht mehr seyn soll, — so versteht sich, daß der mit jener Strafe belegte Adelige (man möge ihn ferner factisch betrachten, wie man wolle) keine Ansprüche auf eine Anerkennung gegenüber Andern machen dürfe, deren Verweigerung ihn nicht in Beziehung auf den Stand trifft, sondern auf die Unwürdigkeit, die ihm zur Last fällt. Unsere Gesetzgebung hat übrigens den Adelsverlust bisher als Strafe gekannt und es enthält der Entwurf hier keine Neuerung ¹⁰⁰). Auch dem gemeinen deutschen Rechte ist die Strafe und eine symbolische Vollziehung des Urtheils nicht fremd.

Der sonstige Inhalt dieser §§. 33—37. gibt mir nur zu der Bemerkung Anlaß, daß die Angabe der Ehrenrechte nicht vollständig und daher die von mehrern Seiten gemißbilligte Verweisung auf andere Gesetze nöthig geworden sei. Zu §. 36. über die Anerkennung auswärtiger Orden beziehe ich mich auf eine besondere Abhandl. ¹⁰¹) und ebenso in Betreff der §. 38. erwähnten, gegen Inländer zulässigen Orts- und Bezirksverweisung ¹⁰²), durch welchen, wie man annehmen muß, die Bestimmung der Cab. O. vom 19. Jan. 1837 wieder aufgehoben wird, was in der Anwendung ohne Zweifel zu den Schwierigkeiten führen würde, die jene das Landrecht modificirende Vorschrift zur Folge gehabt haben.

100) Hierüber und über einige verwandte Punkte, in'sbesondere im Verhältnisse zu Unterthanen fremder Staaten, die in Preussen wegen Verbrechen verurtheilt worden, habe ich ausführlicher gesprochen in Hinschius's jurist. Wochenschrift für die preussischen Staaten. J. 1841. Nr. 97—106.

101) S. die vorhergehende Note.

102) Meine Abh.: „Ueber die im preuss. Rechte vorgeschriebenen Verweisungsstrafen“ in der eben angef. jurist. Wochenschr. J. 1842. Nr. 55 fg.

Die Stellung unter besondere Policeiaufsicht (§. 39—44.) ist vielfach als eine, wenigstens in dem Systeme der Criminalstrafen nicht zu rechtfertigende Mafsregel angefochten worden. Im Code pénal und so wie sie unter der kaiserlichen Regierung in Frankreich Statt fand, erscheint sie durchaus verwerflich. Neuere Gesetzgebungen trifft dieser Vorwurf nicht bei den gröfseren oder geringeren Beschränkungen, unter denen die gerichtlich auszusprechende Policeiaufsicht Statt finden soll. Denn dafs, von jenem Richterspruche unabhängig, die Staatspolizei ihre Pflichten und Befugnisse — wo sie bedingt sind — auszuüben habe, unterliegt keinem Zweifel. Aber es mag darin eine Gewährleistung gröfserer Sicherheit gegen mögliche Willkür erkannt werden, wenn durch Rechtsspruch diese Aufsicht angeordnet wird, möge sie, wie in einigen Ländern, unmittelbar an eine bestimmte Strafart, z. B. Zuchthaus, mit Rücksicht auf die Persönlichkeit und die Beschaffenheit des verübten Verbrechens, geknüpft werden ¹⁰³), oder, wie im Entwurfe der §. 42. Diebe und Räuber ¹⁰⁴) nur bedingt nennt, überhaupt gegen Verbrecher, welche der öffentlichen Sicherheit gefährlich sind, in den vom Gesetze bestimmten Fällen eintreten; und möge ferner, wie hier geschehen, die rechtliche Wirkung genau angegeben, oder, wie in anderen Gesetzgebungen, die Polizei ermächtigt werden, die erforderlichen besonderen Mafsregeln zu ergreifen. Dennoch lassen sich die Inconvenienzen dieser Mafsregel nicht verkennen, die doch ihrer Natur, und eben als policeiliche, nicht eine Strafe, sondern eine präventive ist und

9 *

103) Großherz. hessisches Strafgesetzbuch Art. 35. Breidenbach Commentar a. a. O. S. 457 fg.

104) Der schlesische Landtag schlägt vor, noch der Diebeshehler zu erwähnen.

die als Strafe nicht gehörig gerechtfertigt erscheint ¹⁰⁵). Sie könnte durch die Wirksamkeit der Vereine für Besserung der Strafgefangenen und in'sbesondere der Entlassenen ersetzt und dürfte möglicher Weise eben dieser hinderlich werden. Immer bleibt es etwas in dem Wesen der Strafrechtspflege nicht Liegendes, daß, was der Richter durch Urtheil und Recht verfügt hat, von der Policeibehörde aufgehoben oder in der Dauer verlängert werden darf (§. 40.) ¹⁰⁶) und daß diese befugt seyn soll, ein Surrogat derselben eintreten zu lassen — Caution, — welche consequent und um so mehr auch durch den Richter zu erkennen ¹⁰⁷) wäre, weil, wo sie zulässig ist, die härtere Mafsregel der besondern Policeiaufsicht nicht gerechtfertigt ist. Nach §. 44. soll, wenn die Caution durch Verübung eines vorsätzlichen Verbrechens verwirkt ist (worüber dieses Mal der Strafrichter entscheidet), „die Cautionssumme nöthigen Falls und selbst gegen den Bürgen mittelst persönlicher Haft begetrieben — werden.“ Ob sich diese Härte und überhaupt ein anderes Verfahren, als das in der Civilprocessordnung über die Execution persönlicher, auf Geldwerth zurückzuführender Verbindlichkeiten vorgeschriebene, gutheifsen lasse, ist mir zweifelhaft; besonders in einer Zeit, wo die Gesetzgebung sich

105) Meine Kritik des badischen Entwurfs S. 28.

106) Der preuss. Landtag schlägt daher vor: „Daß der Observat auf richterliches Gehör und Erkenntniß anzutragen berechtigt seyn soll“ a. a. O. S. 127.

107) Aus den Worten des §. 43. „Die besondere Policeiaufsicht kann gegen Bestellung einer Caution für gutes Betragen aufgehoben werden“ hat man ein Recht des Verbrechers folgern wollen und darin ein allerdings gegründetes Bedenken gefunden. Allein schon der Nachsatz: „Ueber die Zulassung (sollte heißen: Zulässigkeit) der Caution“ — entscheidet die Policeibehörde, entfernt den Zweifel, zu dem übrigens jene Worte — „kann — aufgehoben werden“, kaum Anlaß geben.

mit der Frage beschäftigt, ob überhaupt der Personal-arrest des Schuldners rechtlich und zweckmässig sei? ¹⁰⁸⁾

Noch sei es erlaubt zu bemerken: Die Fassung §. 36.: „Gegen Verbrecher, welche der öffentlichen Sicherheit gefährlich sind, findet nach Abbüßung der Strafe in den vom Gesetze bestimmten Fällen die Stellung unter policeiliche Aufsicht Statt.“ §. 40. „Die Stellung unter besondere Policeiaufsicht wird vom Richter erkannt“ — entbehrt der erforderlichen Deutlichkeit. Man ist versucht, zu glauben, daß erst nach Abbüßung der Strafe der Richter hierauf erkennen solle. Dafür würde noch der innere Grund sprechen, daß erst jetzt mit einiger Sicherheit über die Nothwendigkeit der Mafsregel, darüber, ob der Verbrecher der öffentlichen Sicherheit gefährlich sei oder nicht, ein Urtheil gefällt werden könne. Es ist ja möglich, daß sein Betragen während der Haft von der Art war, auf seine Besserung und Rückkehr zu einem rechtschaffenen geordneten Leben einen günstigen Schluss zu rechtfertigen: — gegen einen solchen, der nicht mehr gefährlich ist, würde diese Mafsregel nicht nur unnöthig, sondern auch ungerecht seyn und durch den von der Gemeinde ausgesprochenen Verdacht dem Vertrauen widerprechen, welches der Aufgerichtete zu sich selbst hegen und von Andern in Anspruch nehmen muß, wenn nicht die Gefahr, der man dadurch begegnen will, vielmehr herbeigeführt werden soll. Dieser möglichen Auslegung stehen auch die besonderen Bestimmungen nicht entgegen, denen zu Folge gewisse Uebertreter unter Policeiaufsicht gestellt werden sollen oder können (z. B. §. 194.). Dennoch ist dies wohl nicht die Meinung des Entwurfs, welcher ohne Zweifel dahin geht, daß zugleich mit dem Erkenntnisse über das Ver-

108) Vergl. die in den stettiner Börsennachrichten der Ostsee 1843. Nr. 95. 97. mitgetheilten, an das Justizministerium gerichteten Gutachten.

brechen und dessen Hauptstrafen auf diese Aufsicht als Theil der Strafe erkannt werden solle ¹⁰⁹), wodurch auf der einen Seite der Vorwurf, zu dem die erwähnte Auslegung Anlaß bietet, abgewendet wird, daß noch eine zweite Strafe nach der ersten wegen desselben, durch jene bereits rechtlich getilgten Verbrechens ausgesprochen worden, — die hier in Wahrheit das Gebiet des Strafrechts über seine Grenzen ausdehnte, auf der andern Seite aber der Einwand nicht beseitigt wird, welcher eben zur Unterstützung jener der Fassung nach zulässigen Auslegung beigebracht worden ist.

Ferner dringt sich hier die auch sonst aufgeworfene Frage auf, ob, wenn nur die Gefahr für die öffentliche Sicherheit diese Mafsregel bedingen soll, der Einzelne nicht gleichfalls auf den beabsichtigten Schutz gegen ein ihm mit Verbrechen drohendes Subject Anspruch habe ¹¹⁰). Diese Frage, die schon das gemeine Recht im weitern Umfange bejaht ¹¹¹), wird auch nach dem Entwurfe nicht verneint werden dürfen, da in dem allgemeinen Schutze auch der Einzelne begriffen ist, es müßte denn möglich seyn, diesen — wo sonst keine weitere Gefahr für Andere obwaltet, — auf eine Weise sichern zu können, welche zugleich die Anwendung jener in ihrer Ausdehnung bedenklichen Mafsregel entbehrlich machte.

Wie übrigens eine solchergestalt (§. 41. 42.) angeordnete Policeiaufsicht, in'sbesondere in grofsen Städten, wo die Zahl der Observaten ungemein beträchtlich ist, mit gehörigem Nachdrucke und Erfolge durchzuführen seyn

109) Vergl. grofsh. hessisches Strafgesetzbuch Art. 35. „Gegen Denjenigen, der zur Zuchthausstrafe verurtheilt wird, kann zugleich — auf Stellung unter policeiliche Aufsicht erkannt werden.“ Würtemb. Strafgesetzbuch Art. 43. 44. und Hufnagel Comment. Th. I. S. 78.

110) Hufnagel a. a. O. S. 78. 79.

111) P. G. O. Art. 195. Preufs. Crim. O. §. 231 — 233.

werde, ist nach der Erfahrung schwer einzusehen. Das Praktische wird sich unter Anderem vornehmlich dadurch äußern, daß Den, welcher den ihn beschränkenden Vorschriften entgegenhandelt, selbst wenn er nur dieses gethan und nicht ein neues Verbrechen verübt hat, eine angemessene Ahndung treffe (§. 199. 200. 225.).

Ueber die Strafverwandlung §. 46. 47. läßt sich, da bei der Vergleichung heterogener Größen eine gewisse — ich möchte sagen — Positivität unvermeidlich ist, ob-
 schon auch hier nicht die Willkür herrschen darf¹¹²⁾, nichts Gründliches bemerken, so lange die Kenntniss des Strafsystems und der dadurch bedingten Einrichtungen gebietet. Daß einjährige Strafarbeit mit achtmonatlicher Zuchthausstrafe und einjährige Gefängnisstrafe mit achtmonatlicher Strafarbeit gleichgestellt werden, läßt sich so auf's Ungefähr hin weder angreifen noch vertheidigen. Dasselbe gilt von dem Verhältnisse zwischen Geldbusse und Freiheitsstrafen, wobei ich nur wiederhole, daß die im Entwurfe untersagte Verwandlung von Freiheitsstrafen in Geldbussen (welche niemals Statt finden soll), doch zuweilen sich rechtfertigen dürfte. In sofern Zuchthaus und Arbeitsstrafe in das Verhältniß von 2 : 3 gesetzt werden, ist zu erinnern, daß ersteres stets den Verlust der Ehrenrechte, letztere nur in besonderen Fällen mit sich führe, was wohl nicht unerwogen bleiben darf¹¹³⁾. Im Uebrigen muß anerkannt werden, daß der Entwurf hier schonende Vorschriften aufstelle und die frühere Härte (wonach bei Verwandlung

112) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissensch. §. 154.

113) Temme a. a. O. S. 74 fg., der hier sehr beachtenswerthe Bemerkungen macht. Das Beispiel aber, welches er S. 77. bei Gelegenheit der Verwandlung der Geldstrafe in Gefängnis mit Rücksicht auf §. 26. fingirt, ist falsch."

von Geldbusse in Freiheitsstrafe bis zu zehnjähriger Haft gestiegen werden durfte ¹¹⁴⁾, bedeutend mildere.

Die §. 48. aufgestellte Bestimmung, daß die ohne Verschulden des Strafbaren verlängerte Untersuchungshaft in Anrechnung gebracht und somit auf eine angemessene Minderung der gesetzlich verwirkten Freiheitsstrafe oder Geldbusse Einfluß haben solle, beruht auf dem Grundsatz der Gerechtigkeit und ist mit Recht hier und bei der Strafmilderung aufgenommen, da letztere ihren Grund in der Würdigung der Handlung hat, jene aber nur bei der Berechnung und Vollziehung der gesetzlichen Strafe in Betracht kommt, welche nicht durch Fehler und Unrechtlichkeit etc. vergrößert werden darf ¹¹⁵⁾. Uebrigens ist die Ausführung nur bei der Freiheitsstrafe ohne Schwierigkeit möglich, in sofern die Detention während der Untersuchung etwa als Gefängniß betrachtet und darnach das Verhältniß der Dauer zu der gesetzlich zu erkennenden Freiheitsstrafe — Arbeitshaus, Zuchthaus — nach dem §. 46. bestimmt wird. Wird dabei, wie meist der Fall seyn wird, der Verurtheilte Etwas begünstigt, so ist die Abweichung nach dieser Seite eher zu rechtfertigen, als die entgegengesetzte. Bei der Geldstrafe — wo dann wohl ein Untersuchungsarrest nur ausnahmsweise vorkommen könnte, ist die Berechnung schon complicirter: auch ist mit Recht erinnert worden, daß dann diese Bestimmung auf andere Strafarten ausgedehnt werden müsse, wobei in-

114) Cabinetsordre vom 24. Februar 1812, durch welche selbst schon die in's Ungemessene gehende Strenge des frühern Rechts gemildert wurde. Denkschrift S. 10. Nr. 9.

115) Dieß habe ich weiter gerechtfertigt in der Abhandlung: „Ueber den aus unverschuldeter langer Untersuchungshaft eines Angeeschuldigten behaupteten Milderungsgrund“ im neuen Archive des Criminalrechts Bd. XIV. S. 153. 166 fg. und in den: Historisch-praktischen Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens S. 205 fg.

deß eine nothwendige Grenze sich ergibt. Ich habe an anderen Orten gezeigt, wie weit hier die Forderung der Gerechtigkeit gehe: gebe aber eben für die Anwendung eines solchen Gesetzes zu, daß dabei Voraussetzungen vorkommen können, welche nicht überall von einem dem Angeeschuldigten zugefügten und auf diese Weise gut zu machenden Unrechte zu sprechen gestatten ¹¹⁶).

Die Vorschrift des §. 49. über Anrechnung einer Untersuchungs- oder andern Haft wegen eines durch den Verbrecher (das ist für solche Fälle besonders eine zu harte Bezeichnung) nicht veranlaßten Grundes entspricht der Gerechtigkeit, sowie die Anrechnung des Aufenthalts in einer Heilanstalt auf die bereits angetretene Freiheitsstrafe wenigstens der Billigkeit. Es ist nicht gegründet, wenn man den Zusatz für unerläßlich hält, „daß diese Anrechnung nur dann erfolgen müsse, wenn in der Heilanstalt die Haft fortgesetzt werden könne und auch wirklich fortgesetzt werde ¹¹⁷). Gönnen man doch mit dem Entwurfe dem Unglücklichen, der geistig oder körperlich krank ist, diese geringe Nachsicht. In der Heilanstalt genießt er so wenig seiner Freiheit, als er derselben fähig ist. Auch jetzt wird ebenso verfahren, wenn in der Strafanstalt selbst, wie doch meist der Fall ist, ein Krankenzimmer sich befindet. Die Hauptbegünstigung wird in der mildern Behandlung des Kranken, der Befreiung von Arbeiten, liegen, — aber gerade diese fordert bei der pflichtmäßigen Sorge für seine Herstellung und dem Gebote, nicht das Unmögliche zu verlangen, — die Gerechtigkeit. Man kann zugeben, daß zuweilen diese Nachsicht zur Straflosigkeit führen würde, z. B. wenn der zu kurzer Gefängnisstrafe Verurtheilte gleich in den ersten Tagen erkrankt,

¹¹⁶) S. die in der vorigen Note angef. Abhandlung und Breidenbach a. a. O. S. 452.

¹¹⁷) Preufs. Provinziallandtag. Denkschrift a. a. O. S. 127.

nunmehr eben so lange oder noch länger in einem Spitale liegt, als die Strafe dauern sollte und zu Folge §. 49. diese Curzeit ihm angerechnet würde. Dann ergibt sich aber wohl einfach, daß die Strafe gar nicht als mit Erfolg angetreten anzusehen sei und wenn nicht schon eine durch die Rücksicht des Rechts gegebene Auslegung die Anwendung des Gesetzes in seinem wahren Sinne sichern sollte, so würde allerdings eine nähere Anweisung für die vollstreckende Behörde zu wünschen seyn. In der That hat dieser Theil des §. 46. mehr Bedeutung für diese, als für den Richter. Denn wenn von dem Uebergange aus der Strafanstalt in die Heilanstalt die Rede ist, so muß das Straferkenntniß bereits gefällt und die Vollstreckung begonnen seyn. Das frühere Antreten der noch nicht rechtskräftig vestgesetzten Strafe, z. B. bei eingewandtem Rechtsmittel, ist wenigstens nicht die Regel, an die man hier gedacht hat.

Dritter Abschnitt.

Von dem Vorsatze und von der Fahrlässigkeit.

Man pflegt es als eine der schwersten Aufgaben der Gesetzgebung zu bezeichnen, hierüber gerechte und das Mafs, gegenüber der Doctrin, haltende Bestimmungen aufzustellen. Ich wüßte nicht, worin die gröfsere Schwierigkeit läge, über *dolus* und *culpa* und deren strafrechtliche Folgen zu bestimmen, als über andere Lehren des s. g. allgemeinen Theils. Gerade hier befinden wir uns in einem Gebiete, wo der Gesetzgebung, die sonst so vielfache, das positive Recht bedingende Rücksichten zu beobachten hat, nur das Geschäft bleibt, Das, was wahrhaft im Begriffe gegründet ist, anzuerkennen und für ihren Zweck auszusprechen. Die Natur des Willens, der menschlichen Handlung, des Verhältnisses zum Erfolge, der Wirkung in der äufsern Erscheinung ist anderer Art, als erst durch positive Satzung bestimmt zu werden, — anders ist es z. B.

bei dem Versuche der Vollendung, wo daher auch die Verschiedenheit der Meinungen, die Streitfragen häufiger sind.

Den Ausgangspunct macht die Zurechnung, welche, wenn deren Voraussetzungen überhaupt da sind, in Beziehung auf den bewirkten Erfolg zum *dolus* oder zur *culpa* Statt findet ¹¹⁸). Dadurch wird auch die Stellung im Systeme bedingt und wenn auch der Unterschied zwischen Lehrbuch und Gesetzbuch vestzuhalten ist, so kann es doch nicht für einen Fehler gehalten werden, auch in der Reihe der Gesetzesvorschriften den innern wesentlichen Gedankengang zu verfolgen, oder vollends ein Werth darauf gelegt werden, dieses unbeachtet zu lassen, um ja dem Vorwurfe einer zu doctrinären Fassung zu entgehen ¹¹⁹).

Sieht man auf den vorliegenden Titel, wo die Lehre vom Vorsatze und Fahrlässigkeit der Forderung, den Gegenstand kurz und gut zu behandeln, in drei §§. wenigstens zur ersten Hälfte entsprochen ist, so möchte man wohl in die Klage über die angebliche Schwierigkeit einstimmen, vollends nach allen den legislativen Vorarbeiten, die benutzt werden können.

Es ist neuerlich von mehrern Seiten die Behauptung aufgestellt worden, ein Gesetzbuch dürfe keine Definitionen enthalten ¹²⁰). Man kann zugeben, dafs, was unmittelbar der Wissenschaft angehöre, was die Gesetzgebung nur anzuerkennen habe, auch ohne eine besondere Vor-

118) So spricht auch hier der Entwurf §. 52. 53. von zurechnen und anrechnen.

119) Meine Kritik des badischen Entwurfs S. 38—40.

120) Kittka im Archive des Criminalr. J. 1835. S. 219. Mittermaier an vielen Orten. Vergl. dagegen besonders Birnbaum im Archive des Criminalr. 1837. S. 276 fg. 473 fg. und Arnold daselbst 1843. S. 386 fg.

schrift gelten müsse; dafs diese nicht nur in gewisser Hinsicht entbehrlich, sondern selbst nachtheilig seyn könne, nämlich wenn sie nicht richtig wäre, oder wenn sie in einer Lehre (was übrigens von der gegenwärtigen nicht gilt), die erst noch fernerer wissenschaftlicher Ausbildung bedarf, — Grenzen setzte und dadurch für die Folge ein Widerspruch des gesetzlichen und des wahrhaften Inhalts der Sache entstünde, — auf Kosten des Rechts. Eine Bemerkung, welche vorzugsweise das Bestreben trifft, die Gründe der Ausschließung der Zurechnung, so weit sie auf Seelenstörungen, Geistes- oder Gemüthskrankheiten beruhen, durch Angabe einiger ausschliessend genannten Krankheitsformen zu erschöpfen. Allein man ist in jener Behauptung zu weit gegangen. So wie eine Wahrheit nicht deshalb aufhört, der Wissenschaft eigen zu seyn, weil sie eine gesetzlich ausgesprochene Anerkennung gefunden hat, so wird sie umgekehrt noch nicht deshalb von der Gesetzgebung ausgeschlossen, weil sie ihre Begründung in einem andern Gebiete hat. Die Definitionen kommen z. B. bei dem gleichfalls vorauszusetzenden Begriffe der besonderen Verbrechen vor und sind unentbehrlich: sie können auch in dem allgemeinen Theile nicht ganz vermisst werden und wenn der Richter einen bestimmten Begriff seinem Urtheile zu Grunde legen mufs, so mufs auch der Gesetzgeber im Stande seyn, denselben gehörig zu erkennen zu geben ¹²¹). Nicht also die Sache macht den Unterschied, als wenn der Inhalt des Gesetz- und des Lehrbuches ein anderer seyn müfste, sondern vornehmlich die Form. Im Gesetzbuche hat sich diese als Vorschrift, als praktische Folgen bedingende Bestimmung zu erzeugen, im Lehrbuche als Lehrsatz, Axiom etc. Sollte bei der Vermeidung von Definitionen, deren Schwierigkeit stets anerkannt worden

¹²¹) Bauer Anmerkungen zum hannover'schen Entw. S. 417.

ist ¹²²⁾, die Rücksicht auf Controversen vorwalten, zu denen der Anlaß abgeschnitten werden müßte, so wird diesem möglichen Nachtheile ein wirklicher gegenübertreten, da die in der Doctrin herrschende Streitfrage bei den Fällen der Anwendung wiederkehrt und dann nach individualen Ansichten eine weit größere Ungleichheit der Urtheile, ohne größere Gewährleistung des Rechts, hervortreten muß.

Der Entwurf hat in diesem mit Marginalrubriken nicht versehenen Abschnitte über die Schwierigkeiten durch eine Kürze hinwegzukommen gesucht, welche aber dem Zwecke nicht entspricht. Wie man auch über den Umfang Dessen denken möge, was hier aufzunehmen sei, das Gegebene ist nicht ausreichend; aber unerachtet nur drei §§. gefunden worden, so sind diese, wie sie dastehen, zu Viel.

Der Satz des §. 51. „Ob ein Verbrechen vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit verübt worden, hat der Richter nach den Umständen zu ermessen“ steht zunächst ganz unmotivirt an der Spitze: es wird dabei, scheint es, vorausgesetzt, daß überhaupt Verbrechen aller Art, wie durch Vorsatz, so auch durch Fahrlässigkeit begangen werden können, während Theils hier nothwendige Beschränkungen eintreten, Theils die Fahrlässigkeit nur ausnahmsweise peinlich strafbar und die Ursache eines Verbrechens ist. Es ist hier wohl gemeint, ob eine rechtswidrige Wirkung durch *dolus* oder durch *culpa* herbeigeführt worden sei, solle nach den Umständen ermessen werden. Wollte man auch beide nicht definiren, so mußte doch die Bedingung der Strafbarkeit angegeben werden. So wie der Satz steht, — ein *referens sine relato* — ist er Theils überflüssig, Theils gehört er in den Proceß zu der Lehre von dem Beweise und dessen Wirkungen. Höchstens kann er die Bedeutung haben, einer Seits der Vermuthung des

122) L. 202. D. de R. J. Hufnagel Comment. Th. I. S. 102.

bösen Vorsatzes entgegenzutreten, — wofür es zwar nicht mehr, nachdem die frühere Ansicht einer gesetzlichen *doli praesumptio* längst aufgegeben ist, einer Belehrung bedarf, obschon es im Verhältnisse zu dem bisherigen preussischen Strafrechte für nöthig erachtet worden seyn mag: anderer Seits zu erinnern, was ebenfalls bekannt ist, daß allerdings auf das Daseyn des *dolus* aus den Umständen geschlossen werden könne. Dieser Schluss wird aber vornehmlich in Ermangelung genügenden Beweises des Vorsatzes oder der Abwesenheit desselben Platz greifen und es ist mit Grund erinnert worden¹²³⁾, der Entwurf könne in dieser Fassung zu der Meinung Anlaß geben, als käme es auf die anderen Beweise, z. B. die Erklärungen und Geständnisse des Angeschuldigten, gar nicht an; was dann zu dem weitem gefährlichen Irrthume führen möchte, daß der Untersuchungsrichter sich um die Herstellung eines solchen unerläßlichen Beweises gar nicht zu bemühen hätte, indem es dem urtheilenden Richter überlassen bliebe, sich so gut, als er kann, bei der Ermessung nach den Umständen zu helfen. Man dürfte nur noch einen Schritt weiter gehen und sich ein Verfahren denken, wonach — was Neuere angelegentlich empfehlen — auf ein Geständniß, selbst in der erlaubtesten Weise, gar nicht hingewirkt werden sollte und wo ferner eine solche allgemeine Anweisung auch für Geschworne berechnet seyn sollte, um Stoff zu manchen Bedenken zu erlangen, die hier nicht weiter verfolgt werden sollen¹²⁴⁾. Darnach wird diesem Ermessen nach den Umständen nicht recht getraut. Der §. 52. gibt vielmehr doch eine Anweisung, die einer Definition gleich sieht, aber freilich ungenügend ist. „Als vorsätzlich verübt ist das Verbrechen zu erachten, wenn dasselbe so erfolgt ist, wie es in der Absicht

123) Schüler a. a. O. S. 41.

124) Meine Beiträge zur Strafproceßgesetzgebung S. 129 fg.

des Thäters gelegen hat." Die Form ist verfehlt und der Inhalt unrichtig. Soll Vorsatz mit Absicht gleichbedeutend gelten, so ist der Satz zunächst überflüssig und erklärt Nichts, und ferner falsch, weil darnach ein Versuch, der immer nur dolos, nicht culpos Statt finden kann, gar nicht anzunehmen wäre; denn dieser charakterisirt sich gerade durch das Nichteintreten des beabsichtigten Erfolges. Auf den Erfolg, und ob dieser der Absicht entspreche oder nicht, kommt es hier, wo von der Natur des Willens in der Handlung die Rede ist, durchaus nicht an. Umgekehrt entscheidet der Erfolg, der auch culpos herbeigeführt werden kann, an sich Nichts über den Vorsatz, und wenn davon geschlossen werden soll, daß dieser Erfolg so eintrat, wie es in der Absicht des Thäters gelegen hat, so wird entweder diese Absicht vorausgesetzt, also Das, was erst hergestellt werden soll, als vorhanden gegen alle Rechtsgrundsätze angenommen oder, Falls diese Absicht auf irgend einem Wege rechtlich erwiesen ist, so bleibt Nichts mehr für ein solches „erachten" übrig. Soll aber Vorsatz etwas Anderes bedeuten, als die Absicht, — wie denn in der That diese zwei in der Sprache verschiedenen Ausdrücke zwei verschiedene Begriffe bezeichnen ¹²⁵⁾ — obgleich im gewöhnlichen Sprachgebrauche und selbst in den Gesetzen beide nicht selten verwechselt und für gleichbedeutend genommen werden, so ist die hier gegebene gesetzliche Vorschrift unrichtig; und wird von Defensoren nützlichst acceptirt werden. Man wird den Vorsatz in allen Fällen als nicht vorhanden annehmen, wo das Verbrechen nicht so erfolgt, wie es in der Absicht des Thäters gelegen hat und, wie bereits erinnert, wo überhaupt der Erfolg ausblieb.

Der zweite Satz dieses §. 52. drückt aus, daß der

125) Mein angef. Lehrbuch §. 83. Beistimmend ist auch Temme a. a. O. S. 80.

s. g. *dolus eventualis* auch ein *dolus sei*. Die Wissenschaft kann die verschiedenen Eintheilungen des *dolus* nicht entbehren, weil es ihre Aufgabe ist, zu zeigen, wie bei der Vielgestaltigkeit des Willens und seiner Richtungen im Verhältnisse zu den Arten der Aeufserungen eben überall Wille als ein nothwendiges Moment der Handlung vorkommen möge, der Vorsatz mehrere oder nur eine bezweckte Wirkung umfasse und im erstern Falle diese mehrern alternativ oder cumulativ, oder in dem zunächst nur die eine gewollt, aber auch die andere als möglich und zuvor eingesehen, gleichfalls von dem Willen mit aufgenommen worden seien. Für das Urtheil stellt sich — wenn diese Voraussetzungen erwiesen sind, — stets wirklicher *dolus* ebenso heraus, wie in dem Gewissen des Schuldbelasteten ¹²⁶). Im Uebrigen läßt sich allenfalls die Aufnahme dieser, nur nicht erschöpfenden Bestimmung von Seiten des Inhalts vertheidigen: sie kann entbehrt werden als formale, da zwar das Gesetzbuch nicht bloß eine Instruction für den Richter seyn soll, der das hier Gesagte wissen muß, aber die anderen Betheiligten, die ein Verbrechen begehen könnten, oder desselben sich wirklich schuldig machen, gerade über Das, was in ihrem Willen, Vorsatz und Absicht liegt, am Wenigsten in Zweifel seyn können. In Betreff Dessen, was sich über die Fassung erinnern läßt, will ich mich auf eine andere Ausführung beziehen ¹²⁷). Denn ein als möglich vorauszusehender Erfolg ist nur dann zum Vorsatze zuzurechnen, wenn er, obschon nur als möglicher, vorausgesehen worden ist (*dolus eventualis*). Die Worte „für den als möglich vorauszusetzenden Fall seines Eintritts“ können aber auch bedeuten, daß dieser Eintritt hätte als möglich vorausgesehen werden können und sollen, bei

126) Mein angef. Lehrbuch S. 84.

127) Kritik des badischen Entwurfs S. 71.

bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit. Diese aus den Augen gesetzt zu haben, ist aber Fahrlässigkeit, welche mit Rücksicht auf die an das Individuum, nach seinem Alter, Bildung etc., zu machenden Anforderungen in verschiedenem Grade zugerechnet werden muß. Das Gesetz meint hier aber Fälle des *dolus*, also wirklicher Voraussicht des möglichen Eintritts. Jene Sprachwendung ist daher unrichtig, weil sie entweder den unleugbaren Fall der *culpa* in ein Gebiet zieht und in einem Zusammenhange erwähnt, wo er nicht hingehört, oder, wenn derselbe ausgeschlossen werden soll, wie es nach dem Sinne des §. 52. geschehen muß, eine unrichtige und ungerechte Vermuthung des *dolus* gerade aufgestellt wird, wo am Häufigsten Zweifel obwaltet und wo die *culpa* nicht minder möglich ist ¹²⁸).

„Durch einen Irrthum in der Person des Verletzten oder in den Beweggründen wird der Vorsatz nicht ausgeschlossen“ — eine in mehrerer Hinsicht unbestimmte Fassung eines bekannten Satzes.

Es ist schon von Andern ¹²⁹) erinnert worden, daß auch des Irrthums in Beziehung auf eine Sache oder den Gegenstand hätte gedacht werden sollen und daß bezeichnender das Wort „Verwechslung“ wäre, wiewohl dieses so wenig wie jenes auf den Fall der s. g. *aberratio criminis* oder *ictus* bezogen werden darf, die unter dem Gesichtspuncte der s. g. *culpa dolo determinata* oder richtiger des Zusammentreffens einer versuchten und einer fahrlässigen Verletzung fallen. Der Vorsatz wird nicht ausgeschlossen durch Irrthum etc., das würde heißen, wenn einmal Vorsatz erweislich vorhanden war, ein gewisses Verbrechen gegen eine bestimmte Person oder

128) S. auch Temme a. a. O. S. 83 fg.

129) Temme a. a. O. S. 84. Schüler a. a. O. S. 44. Schwarze S. 41.

einen bestimmten Gegenstand zu begehen, so hört die Handlung nicht auf, eine vorsätzliche zu seyn, wenn auch in dieser oder jener Hinsicht ein Irrthum, nämlich genauer, der Irrthum vorfiele, vermöge dessen eine andere Person oder ein anderer Gegenstand von der That betroffen wird. Demnach muß das Daseyn des *dolus* bereits veststehen: und dann enthält dieser Satz eine für das Gesetzbuch entbehrliche Belehrung. Soll der Sinn seyn, bei einem solchen Versehen habe der Richter, den hier §. 51. leitet, der §. 52. aber im ersten Satze zu einem andern Ergebnisse führen könnte, — denn bei diesem Irrthume ist das Verbrechen wirklich nicht so erfolgt, wie es in der Absicht des Thäters gelegen hat” — den Vorsatz anzunehmen, so muß ihm widersprochen werden. Wenn Verweisungen auf andere Bestimmungen des Gesetzbuches sonst vorkommen, — welche in angemessener Beschränkung nicht zu mißbilligen sind, — so hätte hier §. 82. angeführt werden sollen, der einen richtigen Grundsatz ausdrückt. Nur was der Wille als gewußt aufnimmt, kann ihm zugerechnet werden. Daher wird, jenes Irrthums unerachtet, die vorsätzliche Verübung eine solche auch an dem andern Objecte bleiben; aber wo die besonderen, nicht bekannt gewesenen Verhältnisse, Thatsachen etc. dem Verbrechen eine schwerere Eigenschaft verleihen, da kann dieses und sonach der Thatbestand des schwerern Verbrechens nicht als gewollt zugerechnet werden. So wird unter solchen Voraussetzungen z. B. eine That Mord, aber nicht Verwandtenmord seyn. Nur was der Schuldige wirklich (wenn auch nur bedingt) gewollt, aber auch gethan hat, ist seine Handlung: woraus, was ebenfalls hierher gehört, sich ergibt, daß wenn die wirkliche That, nicht wie in dem angeführten Beispiele, einen schwerern Charakter erhält, der als nicht vorgesetzt nicht zugerechnet wird, dieses auch umgekehrt gelten muß, wenn der Vorsatz auf Schlimmeres ging, aber die That durch die

Verwechslung an einem Gegenstande Statt fand, wo sie jene erschwerende Eigenschaft nicht hat. Wer aus einem Gebäude stiehlt, welches er irrthümlich für ein gottesdienstliches, für eine Kirche oder Kapelle hielt, ist deshalb nicht wegen Kirchendiebstahls strafbar.

„Irrthum in den Beweggründen“ ist eine Bezeichnung, die fast durch den Gebrauch Bürgerrecht in der juristischen Sprache gewonnen hat, obgleich sie unrichtig ist. Wie sich Jemand, der sich eine That vorsetzt, in den Gründen, die ihn dazu bewegen, irren könne, ist schwer einzusehen. Wo Beweggründe vorkommen, ist stets Vorsatz und Absicht vorhanden: bei der culpa sind mit dieser auch jene ausgeschlossen. In wiefern das Daseyn von Beweggründen und die Art, wie dieselben wirken, auf den Unterschied von *propositum* oder *impetus* Einfluss haben — ein Unterschied, der praktisch genug ist, um eine Erwähnung im Gesetze, mit der Bemerkung, daß in beiden Fällen *dolus* da sei, mit nicht weniger Recht zu verdienen, als das, was §. 51. 52. lehren, — möge hier nur angedeutet werden. Was man damit meint, ist: Irrthum in den Voraussetzungen, die Jemand zu einem Entschlusse bewegen, die also den Beweggrund, das Motiv darbieten. Jemand glaubt, eine gewisse Person habe ihn verleumdet und dieß wird für ihn ein wirklicher, nicht irrthümlicher Beweggrund, sich zu rächen; er hält (irrthümlich) den Andern für den Verführer seiner Gattin oder Tochter und übt Selbststrache aus. So weit es hier darauf ankommt, den *dolus* festzustellen, wird dieser Irrthum allerdings ohne Einfluss seyn. Sollte aber der Sinn der seyn, daß ein Irrthum über die rechtliche Natur einer Handlung obwalte, in sofern diese nach der Meinung des Thäters durch ein bestimmtes Motiv erlaubt oder entschuldigt würde, so müßte dieses genauer bestimmt werden. Z. B. Jemand vermeint, zum guten oder für gut gehaltenen Zwecke ein gesetzwidriges Mittel brauchen zu dürfen, — er glaubt,

Religion, Moral etc. gestatten zu thun, was das Gesetz verbietet, — Tödtung aus angeblichem Wohlwollen oder um dem Vaterlande zu dienen. In der That haben nach dem Vorgange des baierischen Strafgesetzbuchs fast alle neueren Strafgesetzgebungen und Entwürfe eine solche Bestimmung aufgenommen ¹³⁰⁾. Ueberflüssig ist sie, sofern man auf Belehrung oder Warnung durch das Strafgesetz rechnet, gewiss nicht, wo eine Umwandlung der Gesinnung von so vielen Seiten und nicht ohne Erfolg vorbereitet wird, der nur durch eine wahrhafte religiöse und rechtliche Haltung entgegengetreten werden kann. Mehr oder minder werden die vorsätzlichen Gesetzesverletzungen mit dem Gefühle oder Bewusstseyn des Unrechts begangen. Diefs beginnt jetzt, sich zu ändern, — es wird, im Zusammenhange mit communistischen Ansichten, der Zustand des Rechts, wie er besteht, z. B. die Ungleichheit der Vertheilung der Güter und Besitzthümer, ja selbst das Daseyn des Privateigenthums für ein Unrecht und der Kampf dagegen für ein höheres Recht und eine Nothwendigkeit ausgegeben. Die dem Gesetze Entgegenhandelnden berufen sich allgemeiner auf ihr eigenthümliches religiös-politisches und rechtliches System, — während früher eine solche Meinung, der jene gesetzliche Vorschrift begegnet, nur als Ausnahme, als Wahn etc. vorkam, wo dann unter Umständen die Zurechnungslosigkeit sich ergab. Dieser wichtige Punct verdient eine ausführlichere Erörterung, die ich hier nach der mir gestellten Aufgabe zurückhalten muß. Je mehr in gewisser Hinsicht selbst jenes falsche Vorgeben einen Anstrich von Wahrheit haben kann, je weniger es geleugnet werden darf, dafs in unserer Zeit gewisse Mißverhältnisse, welche die bürgerliche Gesell-

130) Baier. Strafgesetzbuch Th. I. Art. 39. Würtemb. Str. G. B. Art. 55. Sächsisches Art. 68. Braunschweig. §. 31. Badischer Entwurf Art. 67.

schaft und die steigende Cultur unvermeidlich mit sich führt, eine Höhe erreicht haben, welche für die nächste Zukunft Sorge erregen müssen, — man denke nur an den s. g. Pauperismus, dessen Ursachen und Folgen, — um so bestimmter muß auch das Gesetz sowohl das Recht schützen, als auch den Consequenzen durch seinen Ausdruck begegnen, welche rücksichtlich der subjectiven Stellung des Individuums und seiner moralischen, von dem allgemeinen Rechtsbewußtseyn abweichenden Ueberzeugung — sich aus dieser Erscheinung der Zeit ergeben.

Ich erlaube mir dabei noch eine Bemerkung zu machen, obschon sie nicht unmittelbar mit dem Zwecke der gegenwärtigen Kritik in Verbindung steht. Aber die eben ausgesprochene Ansicht führt darauf und es ist nothwendig, sie gegen ein Mißverständniß zu sichern. Wenn die relativ berechtigten Zustände und Verhältnisse, gegenüber dem individualen Wohle und den s. g. ursprünglichen Menschenrechten, in Collision kommen und sie selbst ein moralisches Unrecht genannt werden können, so wird dadurch zunächst der bestehende rechtliche Zustand nicht der Anerkennung, die ihm gebührt, und des Rechts, welches er selbst darstellt, verlustig werden dürfen; der Angriff dagegen, — wie ihn auch die individuelle Meinung zu entschuldigen suchen mag, bleibt formal und material widerrechtlich und ruft nothwendig die Gegenwirkung des auch mittelst der Strafe sich behauptenden Rechts hervor. Allein damit darf man nicht glauben, genug gethan zu haben. Es wird die Aufgabe Theils der bürgerlichen und staatspoliceilichen Gesetzgebung seyn, den sich offenbarenden Gebrechen an ihren Quellen möglichst abzuhelpen, Theils wird auf dem Wege des Unterrichts und der nicht bloß leiblichen, sondern auch geistigen Fürsorge für die hier bezeichnete Classe von Leidenden, die der Rechtsordnung und dem Gemeinwesen gefährlich werden, sich die wohlwollende, humane und wahrhaft gerechte Gesinnung zu

bethätigen und der Einzelne mit der Gesamtheit dazu beizutragen haben, daß jenes Mißverhältniß beseitigt, jenes auf der andern Seite sich allmählig herausstellende Unrecht vergütet und die Pflicht gegen Die erfüllt werde, an welche das Recht seine strengen und unerläßlichen Ansprüche macht. Dadurch wird jenen, auch zum Verbrechen führenden Anmassungen einer sich gegen die Allgemeinheit behauptenden Subjectivität auch der scheinbare Vorwand genommen, und dann erst kann mit voller Beruhigung die Strafgesetzgebung ihrer Seits dagegen auftreten. Welchen Einfluß aber im besondern Falle dergleichen Erscheinungen einer Zeit mit ihren krampfhaften Zuständen auf die Zurechnung zur Strafe und das Strafmaß ausüben müssen, haben wir hier, wo es auf die Veststellung des verbrecherischen Vorsatzes ankommt, noch nicht zu verfolgen. Uebrigens versteht es sich, daß nicht überall, wo eine Vorschrift, wie ich sie im Entwurfe vermisste, Anwendung findet, die eben angedeuteten Voraussetzungen eintreten.

Von der Fahrlässigkeit ist, außer der Andeutung §. 51., nur gelegentlich in §. 54. die Rede bei dem Falle der Concurrenz. Die Bestimmung, daß die vorsätzliche That „nach Bewandtniß der Umstände in Beziehung auf den ohne Willen des Handelnden entstandenen Erfolg zugleich als fahrlässige anzurechnen sei,“ hat wohl den Sinn, daß der Richter ermesse, ob auch die Bedingungen der culpa vorhanden seien, wobei vorausgesetzt wird, daß ein Fall vorliege, wo gesetzlich auch Fahrlässigkeit eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet. Damit erledigen sich die Zweifel, welche man hier erhoben hat. Es ergibt sich aber auch, daß es rathsam sei, über die Fahrlässigkeit und deren strafrechtliche Wirkung nicht aus dem Grunde gänzlich zu schweigen, weil man den Vorwurf einer zu doctrinären Fassung vermeiden will. Daß der Code pénal dergleichen allgemeine Bestimmungen nicht aufstellt,

die, wo sie gesetzlich praktische Folgen angeben, keineswegs überflüssig sind, darf am Wenigsten als ein Vorzug gegenüber den Deutschen, als ständen diese auf einer geringern Stufe praktischer Einsicht, betrachtet werden.

Vierter Abschnitt.

Von der Vollendung und dem Versuche der Verbrechen.

Die in dem vorigen Abschnitte behandelte Lehre und die gegenwärtige stehen in einem so nahen, innern, durch den Begriff der Handlung bedingten Zusammenhange ¹³¹⁾, daß auch eine entsprechende gleichmäßige Verfahrensweise in der gesetzlichen Bestimmung gefordert wird. Diefß nicht beobachtet zu haben, muß an dem Entwurfe getadelt werden. So würde gleich dem §. 54. „Die im Gesetze bestimmte Strafe eines Verbrechens findet nur dann, wenn das Verbrechen vollendet ist, volle Anwendung,“ eine ähnliche Bestimmung in dem vorigen Abschnitte zur Seite stehen müssen, daß dieses bei vorsätzlichen Verbrechen der Fall sei, woraus dann die weitere Folge sich ergibt, daß bei dem Versuche und bei der Fahrlässigkeit, so weit diese überhaupt strafbar sind, eine geringere Strafe eintrete. Entweder es ist nothwendig, Beides gesetzlich auszusprechen, oder es ist für Beides entbehrlich; aber ein Grund zu einer Unterscheidung liegt nicht vor. Zu §. 54. bemerke ich, daß er nicht deutlich genug gefaßt sei. Die im Gesetze „bestimmte Strafe“ könnte zunächst als s. g. absolut bestimmte, z. B. Todesstrafe, lebenswierige Freiheitsstrafe (§. 58.) verstanden werden. Diefß ist dann eben so richtig, wie die gegebene Vorschrift (§. 54—58.). Allein nothwendig muß den Worten die umfassendere Bedeutung beigelegt werden, dem zu

¹³¹⁾ Meine Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft S. 406 fg. Mein Lehrbuch §. 91.

Folge hier überhaupt die im Gesetze angedrohte, auch nur relativ bestimmte Strafe zu verstehen ist (z. B. §. 144. 145. zehnjährige bis lebenswierige Zuchthausstrafe, §. 177. Gefängnisstrafe nicht unter einem Monate, oder Strafarbeit bis zu einem Jahre). Diese Strafe muß aber, wie sie im Minimum und Maximum gedroht wird, als ein Ganzes, eine Einheit und in sofern gegenüber Dem, was dadurch ausgeschlossen wird, als eine bestimmte betrachtet werden. Nur so kommt der richtige Sinn heraus. Sie findet bei vollendetem Verbrechen ihre volle Anwendung im concreten Falle, auch wenn nur, nach Beschaffenheit der Umstände, das Minimum oder eine diesem sich nähernde Strafe erkannt wird. Jetzt aber könnte man versucht seyn, zu glauben, die volle Anwendung bezeichne das Maximum, was zu einer Ungerechtigkeit führen würde. Dieser Mangel an Genauigkeit wird nicht dadurch entschuldigt, daß die Vorschriften über die Zumessung (§. 106 fg.) dem Zweifel begegnen. Auch das „nur“ gibt Theils zu einer falschen Deutung Anlaß, Theils führt es auf die mit der Sprache des Strafgesetzbuches nicht zu vereinigende Meinung einer Convenienz, als ob etwas, sonst Verwirklichtes, nachgelassen würde ¹³²).

Der §. 55. ist eine verfehlte Nachbildung des formal ungleich besser gefassten Art. 2. des Code pénal ¹³³), so wenig auch die in diesem aufgestellte praktische Bestimmung der Gerechtigkeit entspricht.

„Der Versuch eines Verbrechens wird strafbar, sobald derselbe durch eine solche äußere Handlung sich offenbart hat, welche schon als Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens zu betrachten ist.“ Damit ist gesagt, zunächst, daß ein Versuch bereits vorhanden sei,

132) Kritik des badischen Entwurfs S. 17.

133) „Toute tentation de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution — est considérée comme le crime même.“

der aber erst strafbar werde (es nicht schon überhaupt sei), wenn gewisse Bedingungen eintreten. Derselbe, d. h. der Versuch — der also vorausgesetzt ist, muß sich nämlich durch eine solche äußere Handlung offenbart haben, welche etc. Das ist aber, obschon es in den Worten liegt, gewiß so wenig der Sinn, als man bei dem Ausdrucke „offenbart“ (der dem manifestée entsprechen soll) die Meinung hegt, ein Versuch könne nicht so gut wie das Verbrechen selbst auch anders als offenbar vorkommen. Richtiger ist die Fassung z. B. in dem badi-schen Entwürfe, wo auch nur von Handlungen, nicht von äußeren Handlungen die Rede ist, eine eben so falsche, als zu unrichtigen Folgen führende Ausdrucksweise. Man wollte sagen: ein strafbarer Versuch ist vorhanden, sobald der Vorsatz, ein Verbrechen zu begehen, sich — geoffenbart hat etc. Uebrigens werden durch die Worte: „Anfang der Ausführung“ nicht alle Streitfragen abgeschnitten ¹³⁴).

Ferner die Vorschrift des §. 56. über die Zurechnung des Versuchs zur Strafe nach dem Grade der Annäherung an die Vollendung, würde überhaupt ihre Stelle in dem siebenten Abschnitte, in dem gegenwärtigen aber jeden Falls erst nach §. 59. finden müssen, da §. 58. 59. nach den Randrubriken (welche technische Bezeichnungen, des beendigten und nicht beendigten Versuchs, aufstellen, von denen im Texte Nichts vorkommt) erst die Grade des Versuchs angegeben werden. Auch ist unstreitig die Bestimmung des §. 56. eine allgemeine, sowohl nach ihrem Inhalte und Principe, als nach dem Umfange ihrer Anwendung, und würde darnach bei der Rubrik: „Allgemeine Vorschriften über die Strafe des Versuchs,“ welche neben §. 60. steht, ihren Platz fordern. Aber gerade hier

134) Vollends mit dem der verschiedensten Auslegung fähigen Zusatze: „zu betrachten ist.“

wird ein besonderer Fall vorgesehen, nämlich die **Concurrenz** von Versuch und Vollendung, wobei richtig auf die Bestimmungen über das Zusammentreffen (§. 118 bis 122.) Bezug genommen ist. Ebenso ist die Verweisung des § 61. ihrem Inhalte und Wortfassung nach keine allgemeine, obschon sie die Rubrik als solche bezeichnet, sondern kündigt sich selbst als Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen an, und endlich werden als solche wieder nicht die hier, sondern die §. 55 — 60. angegebenen erwähnt. „In welchen Fällen der Versuch abweichend von diesen allgemeinen Vorschriften (§§. 55 — 60.) bestraft werden soll, ist bei den einzelnen Verbrechen bestimmt.“

So muß man denn wünschen, daß schon formal, nach Fassung und Anordnung, der ganze Abschnitt umgearbeitet werde. Es bietet aber auch dessen Inhalt Stoff zu Bedenken.

Wir wollen nicht auf den Streit eingehen, ob es einen Versuch mit untauglichen Mitteln gebe, oder an einem Gegenstande, an dem die gesetzwidrige Wirkung, d. h. das Verbrechen überhaupt gar nicht möglich ist. Man kann sogar zugeben, daß, wenn gleich nach gemeinem Rechte beide Fragen verneint werden müssen ¹³⁵⁾, der

¹³⁵⁾ Wäre es richtig, daß der Versuch lediglich wegen der Gefährlichkeit für die Rechtsordnung strafbar sei, — was jetzt wieder Temme a. a. O. S. 89. den Vorgängern nachschreibt, im Widerspruche mit dem von ihm adoptirten Principe, so würde ein großer Theil der von ihm selbst vorgebrachten Erinnerungen sich von selbst erledigen. Was derselbe bei dieser Gelegenheit gegen den in meinem Lehrbuche §. 94. ausgesprochenen Satz anführt: „daß es für den Versuch überhaupt nicht eines besondern Strafgesetzes bedürfe“ läßt besorgen, daß er Das, worauf es hier ankommt, nicht richtig aufgefaßt habe. Keineswegs ist davon die Rede, daß die Strafgesetzgebung sich nicht auch über den Versuch besonders aussprechen solle. In früherer Zeit und nach der geschichtlichen Entstehungsweise der Strafgesetze — die nicht in umfassenden Gesetzbüchern enthalten waren, wurde aus bekannten Gründen des Versuchs als solchen nicht

Gesetzgeber, der dadurch und durch eine unbedingte Forderung der Gerechtigkeit nicht gebunden ist, weiter gehen und schon den gefährlichen Willen einer Ahndung unterwerfen könne, sobald dieser sich durch die That geäußert hat. Ob es rathsam sei, ob die Rücksichten der Zuvorkommung und Sicherung nicht sich hier auf Kosten der Gerechtigkeit geltend machen, — ist eine andere Frage. So Viel ist gewiss, daß, wenn die ganze Handlung nach der innern und äußern Seite, der Subjectivität und Objectivität gewürdigt werden muß, in solchem Falle immer nur ein entfernterer Grad der Strafbarkeit eintrete, wenn die objective Seite ganz oder großen Theils fehlt und daß das Rechtsgefühl sich verletzt findet, wenn der Versuch da angenommen wird, wo wegen mangelnden Gegenstandes das Verbrechen überhaupt nicht möglich ist. Es würde zu weit führen, hier Beispiele zu erörtern, an denen die Vertheidiger der einen und andern Meinung uns keinen Mangel leiden lassen. Der Entwurf stellt hier die am Wenigsten haltbare strengste Ansicht auf. Ich glaube, daß sie wird aufgegeben werden müssen, sobald die Erfahrung

gedacht. Wenn sich nun die späteren Criminalisten förmlich gequält haben, den Grund der Strafbarkeit des Versuchs zu ermitteln, und am Ende nicht weiter gekommen sind, als zu Folge der Sicherungs- oder Präventionstheorie oder auch der Abschreckung zu behaupten, nur die Gefährlichkeit, nicht das Unrecht begründe hier die Strafbarkeit, so mußte vom Grundsatz der Gerechtigkeit widersprochen und gezeigt werden, daß und wie weit schon in dem Versuche die verbrecherische Handlung und die Uebertretung des Strafgesetzes enthalten sei und von Rechtswegen bestraft werden müsse, — daß also, unter Voraussetzung der Strafgesetzgebung überhaupt, nicht erst für den unter dem Allgemeinen stehenden besondern Fall eine eigne Strafbestimmung erforderlich sei, so weit nämlich nur davon die Rede ist, daß die Handlung, nicht davon, wie und in welchem Grade sie strafbar sei. Vergl. noch meine Ausführung in den kritischen Jahrbüchern für R.W. 1837. S. 44. und 1838. S. 23 fg. 1839. S. 1066. und 1841. S. 47 fg.

mit besserem Erfolge, als eine s. g. theoretische Erörterung gelehrt haben wird, wohin eine solche durchaus nicht gerechtfertigte und nicht nothwendige Ausdehnung des Gebiets des Strafrechts führt.

Eine ungemeine Härte spricht sich in der Vorschrift über den beendigten Versuch aus, wo „Statt der auf das vollendete Verbrechen bestimmten Todesstrafe *) auf lebenswierige Freiheitsstrafe, Statt lebenswieriger Freiheitsstrafe auf Freiheitsstrafe von zwanzig Jahren erkannt werden soll.“ Schon an sich ist dieß nicht zu rechtfertigen, in'sbesondere steht Alles entgegen, was gegen die (nur in höchst seltenen Fällen statthafte) absolut bestimmte Strafdrohung und gegen die lebenswierige Freiheitsentziehung zu sagen ist. Noch mehr tritt solche Härte und das Mißverhältniß hervor, wenn man die so eben geprüfte Vorschrift des §. 57. über die Untauglichkeit des Mittels damit verbindet.

Der §. 59., welcher die „Strafe des nicht beendigten Versuchs“ nach der Rubrik angeben soll, stellt zwar ein richtiges Princip auf, allein er bedarf einer genauern Redaction, wenn er den Sinn ausdrücken soll, der ihm nach dem Zusammenhange mit §. 58. und nach den Forderungen des Rechts beigelegt werden muß. Offenbar soll hier dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, mit Rücksicht auf §. 56. die Strafe der Verschuldung entsprechend zu bestimmen, so jedoch, daß sie jeden Falls eine geringere seyn müsse, als die des vollendeten Verbrechens und des beendigten Versuchs. Die Worte: „es bleibt dem Ermessen des Richters überlassen, in wiefern die Strafe des vollendeten Verbrechens dem Mafse nach herabzusetzen oder eine gelindere Strafart ¹³⁶⁾ zu wählen

*) „Auf das Verbrechen — bestimmte Strafe“ ist sprachwidrig.

136) Da hier ausdrücklich die Ermächtigung ertheilt wird, von der Strafart des vollendeten Verbrechens abzugehen, so ist die Erinnerung von Schwarze a. a. O. S. 46.: „es bedürfe in den Fällen

sei" — könnten, da nirgends allgemein ausgesprochen ist, der Versuch müsse gelinder bestraft werden (dies läßt sich nur indirect schliessen aus §. 54. 56. 58.) und da der §. 59. (voc. „in anderen als in den in §. 58. bezeichneten Fällen") einen Gegensatz bezeichnet, — auch so verstanden werden: es werde dem Ermessen anheimgestellt, in wiefern dieses geschehen soll, oder nicht. Was aber hier gemeint ist und nothwendig werden muß, ist dieses: „Dem Ermessen bleibe eingeräumt, in wiefern die stets nothwendige gelindere Ahndung des — Versuchs entweder durch das Hinabsteigen zu einem geringern Strafmaße, oder (was hiermit verbunden seyn kann) durch die Wahl einer gelindern Strafart zu bewirken sei." Ferner fällt der Nachsatz auf, der auf eine unlogische Weise von einem „nicht übersteigen" spricht, als Anwendung eines Grundsatzes, der ein Herabsetzen bestimmt. Der Satz; „sie darf aber, wenn das vollendete Verbrechen Todesstrafe oder lebenswierige Freiheitsstrafe nach sich zieht, eine Freiheitsstrafe von funfzehn Jahren und bei gelindern Strafen (ein hier nicht passender Begriff) die Hälfte derselben nicht übersteigen" — würde voraussetzen, daß überhaupt von einem Aufsteigen die Rede sei, dem hier eine Grenze gesetzt werde: — jetzt ist umgekehrt durch die Ermächtigung des Herabsetzens eine Fassung bedingt, daß dieses mindestens in der Weise erfolgen müsse, wie man den §. 19. zu verstehen hat. Daß unter den allein oder neben den Freiheitsstrafen vorkommenden Strafübeln auch solche sind, wo es schwer seyn dürfte, ihre Hälfte zu bestimmen, möge nur im Vorübergehen erinnert werden.

des §. 59. die Frage einer Entscheidung: Ist der Richter bei Abmessung der Strafe des Versuchs an die Strafart gebunden, mit welcher das vollendete Verbrechen geahndet worden seyn würde?" ungegründet.

Von §. 60. 61. habe ich bereits gesprochen. Die Strafflosigkeit bei freiwilligem Abstehen von der Vollendung §. 62. empfiehlt sich nach Grundsätzen des Rechts und der Politik; so wie sich versteht, daß, wenn die Versuchshandlung schon für sich ein Verbrechen sei, dieses nach seiner Beschaffenheit zu beurtheilen sei. Statt „so wird die Strafe dieses letztern nicht aufgehoben,“ muß es heißen: „die Strafbarkeit.“ Und nach dieser Berichtigung ist es gleichgiltig, ob der Satz in dieser Weise negativ oder ob er positiv dahin gefaßt worden, daß die Handlung zu bestrafen sei.

Ueber das Verhältniß des Anstifters oder s. g. intellectualen Urhebers zu dem s. g. physischen bei dem freiwilligen Zurücktreten habe ich meine Ansichten an einem andern Orte ausführlicher entwickelt ¹³⁷). Es kommen hier mehrere Rücksichten in Betracht, welche auch die Gesetzgebung nicht unbeachtet lassen kann.

Fünfter Abschnitt.

Von den Urhebern eines Verbrechens und den Theilnehmern.

Dieser Abschnitt, der weder nach der Ueberschrift, noch in der Ausführung in einem richtigen Verhältnisse zu den beiden vorhergehenden steht, hat zu vielen und gegründeten Ausstellungen Anlaß geboten. Diese ließen sich noch von mancher Seite unterstützen, allein ich werde mich auf das Erheblichste und Das beschränken, was mir nicht oder nicht genügend hervorgehoben zu seyn scheint. Denn es ist um so mehr zu wünschen, daß man in den hier behandelten Lehren die im Ganzen richtig erkannten Grundsätze auch in bestimmter, der Rechtsforderung entsprechender Fassung ausdrücke, als man wohl überall darüber einverstanden ist, daß man sich nicht die schwierige

137) Archiv des Criminalr. J. 1841. S. 379 fg.

Sache durch Annahme der Bestimmungen des Code pénal erleichtern dürfe, zu Folge welcher in der Natur der Handlung liegende Unterschiede und Weisen der Theilnahme an einem Verbrechen bei Seite gesetzt und die Ansprüche der Gerechtigkeit, gegenüber der Einfachheit und Leichtigkeit der Beurtheilung, geopfert werden. Es ist dieses einer der wichtigsten Punkte, bei dem, wenn man das Geschwornengericht zur Norm annimmt, von welcher aus die Angemessenheit gesetzlicher Vorschriften des materialen Rechts zu prüfen wäre, ein unserer Rechtsbildung ganz entgegengesetztes und keineswegs wünschenswerthes Ergebniss erkennbar wird. Denn allerdings werden nicht nur die gangbaren Unterscheidungen über die Art der Betheiligung an einem Verbrechen den Geschwornen schwerer zugänglich und noch schwerer in angemessene Fragen aufgelöst werden können, sondern es wird sich das auch sonst gegründete Bedenken nicht wohl abweisen lassen, das nicht blofs factische, sondern rechtliche Fragen und Begriffe hier zur Sprache kommen. Läßt sich nun zeigen, — was an diesem Orte nicht mehr Bedürfniss ist, — das jene Unterscheidungen der s. g. gleichen und ungleichen Theilnahme, der Urheber, Anstifter, Gehilfen, Begünstiger etc., wie sie Wissenschaft, Anwendung und Gesetzgebung längst kennen, keineswegs willkürliche, sondern in der gerechten Würdigung der Handlung gegründete seien, so wird auch die Kritik, sie möge sich gegen die in Lehrbüchern ausgesprochenen Sätze oder gegen die der Gesetzbücher und Entwürfe richten, nicht diese selbst, sondern nur die Art der Bestimmung, die aufgestellten Unterscheidungsmerkmale theilweise mißbilligen. Denn hier begegnet man nicht selten Ansichten, die vor einer strengern Prüfung nicht bestehen, oder Aussprüchen, denen es nicht gelungen ist, die wahrhaften, durch die Gerechtigkeit gebotenen Regeln zur Geltung zu bringen.

Der oft aufgeworfene Zweifel, ob es rathsam sei, den

Umfang der gesetzlichen Vorschriften so weit auszudehnen, daß in das Gebiet Dessen übergegangen wird, was der Wissenschaft, wenn auch nicht als ausschliessendes Besitzthum, angehört, — kehrt auch in dieser so vielfach bestrittenen Lehre wieder. Wo die Wissenschaft leitende Grundsätze gibt, wo in'sbesondere ein auch in der Gesetzgebung anerkanntes richtiges Princip — das der Gerechtigkeit — der Willkür und subjectiven Ansicht gegenübertritt und die Einflüsse beliebiger Meinungen, die Consequenzen der Abschreckungstheorie etc. entfernt, da wird billig die nothwendige Anerkennung, die sie auch für die Anwendung in Anspruch nimmt, ihr thatsächlich zugestanden. So wird z. B. eine darauf gegründete richtige Theorie der Strafzumessung manche speciale gesetzliche Bestimmung entbehrlich machen und dem Richter die Möglichkeit gewähren, auch hier Das im besondern Falle auszusprechen, was der Schuld des Einzelnen nach der Seite hin als gerecht gebührt, wo die Art seiner Betheiligung zu beurtheilen ist. Jeden Falls würden Vorschriften, die sich nach jenen Principien nicht rechtfertigen ließen, Theils in der Anwendung zu Ungerechtigkeiten führen, Theils überhaupt ohne Schwierigkeit und Widersprüche nicht angewendet werden können. Was man aber fordern kann und muß, ist, daß die Gesetzgebung, die ja ihren Inhalt selbst aus der Wissenschaft entnimmt, so Viel mit Bestimmtheit ausspreche, als erforderlich ist, um Streitfragen zu lösen und zu begegnen und um auf unzweifelhafte Weise an gewisse Vordersätze rechtliche Folgen anzuknüpfen.

Hiernach dürften allerdings mehrere Vorschriften des Entwurfs ganz wegfallen, jeden Falls aber würden sie einer andern Fassung bedürfen, da sie entweder die wesentlichen und anerkannten Grundsätze nicht gehörig wiedergeben, oder, wenn Letzteres der Fall wäre, man annehmen müßte, jene Grundsätze seien verkannt oder absichtlich

lich

lich verlassen, — und wie dem auch sei, — man müßte stets dagegen sich erklären.

„Mit der auf das Verbrechen im Gesetze angedrohten ¹³⁸⁾ Strafe werden belegt“ — so beginnt nicht passend §. 63., welcher die Begriffe von „Urheber, Anstifter und Hauptgehilfen“ auf eine Weise bestimmt, die nicht zu billigen ist. Es ist indessen dieses von Andern schon gerügt worden und so möge nur hinzugefügt werden, daß der Vordersatz überflüssig oder — wenn er überall die volle ordentliche Strafe bezeichnen soll — falsch sei, wie denn sofort §. 64. eine nothwendige Ausnahme hinsichtlich des Anstifters angibt. Darüber, daß bei der Definition des Urhebers, „welcher das Verbrechen durch eigne Handlung unmittelbar bewirkt hat“ die Unterlassung nicht genannt ist, kann man hinweggehen; — die Handlung im weitem und strafrechtlichen Sinne umfaßt auch die Unterlassung, wenn nur die allgemeinen Bedingungen nicht fehlen ¹³⁹⁾, und dieß ist nicht bloß dem Richter bekannt, sondern auch wohl, schon zu Folge der Stimme des Gewissens, dem Schuldigen, der, um seinen verbrecherischen Vorsatz in Ausführung zu bringen, das dazu geeignete Benehmen oder Verhalten beobachtet hat, möge dieses auch sich auf negative Weise, durch s. g. Unterlassen, äußern ¹⁴⁰⁾. Eine eigne Handlung ist stets nothwendig, denn Niemand kann für fremde Handlungen an sich, sondern immer nur in sofern und so weit verantwortlich gemacht werden, als diese ihm

138) „Auf — drohen,“ sagt man nicht gut. Auch das „belegt“ ist nicht gut gewählt, wo in'sbesondere nichts Anderes, als eine meist erst durch das richterliche Ermessen zu bestimmende Strafe gemeint seyn kann.

139) Mein Lehrbuch §. 67. 73. 228.

140) Mein „Beitrag zu der Lehre von dem Verhältnisse des intellectualen Urhebers eines Verbrechens zu dem physischen Urheber“ im Archive des Criminalr. 1841. S. 379 fg.

zugerechnet, also als seine Handlung angesehen werden könne. Der Entwurf will hier den Gegensatz des s. g. physischen und intellectualen Urhebers ausdrücken; aber auch der Anstifter ist nur in sofern, als es seine eigne Handlung ist, wegen Dessen strafbar, was der von ihm zur Thätigkeit Bestimmte gethan hat, so dafs es einen allgemeinen Begriff der Urheberschaft gibt, unter welchen beide Arten und zuweilen, jedoch keineswegs immer und allgemein, auch die dritte Art der Theilnahme fallen, welche hier als die des Hauptgehilfen definirt wird. Dafs diese letztere Bestimmung nicht erschöpfend und nicht dem praktischen Bedürfnisse entsprechend sei, läfst sich nicht verkennen ¹⁴¹⁾. Aber auch das Wort „unmittelbar“ ist nicht hinreichend, um den Gegensatz zu dem Anstifter anschaulich zu machen. Es kann Jemand, ohne sich „eines Andern zur Ausführung des Verbrechens zu bedienen oder denselben vorsätzlich ¹⁴²⁾ zu dem verbrecherischen Entschlusse zu bewegen,“ — ein Verbrechen mittelbar bewirken und doch dessen Urheber nicht minder seyn, als wenn er es unmittelbar verübt.

Ferner muß gegen die Fassung — „das Verbrechen — bewirkt hat“ erinnert werden, dafs, wenn darunter die Vollendung verstanden werde, wie man aus den Worten zu schliessen berechtigt ist, diefs mangelhaft sei, denn auch der Versuch hat nothwendig seinen Urheber, — wenn aber, wie man annehmen muß, diese Wahrheit nicht in Abrede gestellt wird, so ist der Satz nicht deutlich genug ausgedrückt. Freilich wird die Wissenschaft aus-
helfen, welche den Ausdruck Verbrechen in dem weitern Sinne nimmt, dessen ich bereits oben gedacht habe bei Gelegenheit der (angefochtenen) Bemerkung, dafs das

141) Vergl. Bemerkungen über den Entwurf und dessen Begutachtung durch den rheinischen Provinciallandtag. Von einem Freunde der rheinischen Rechtsinstitutionen. Heidelberg 1843. S. 88 fg.

142) Besser: „absichtlich.“

Strafgesetz und Verbot die ganze verbrecherische Handlung — in allen möglichen Abstufungen in sich begreife. Denn dafs auch der Versuch, wenn er strafbar seyn soll, alle Erfordernisse der Handlung, wie sie hier in Betracht kommen, enthalten müsse, und dafs das weniger, was in ihm, gegenüber der Vollendung, ist, nicht die allein zu beurtheilende Handlung betreffe, wird wohl nirgends bezweifelt. Unter Wirkung denkt man sich aber mehr, als hier gerechter Weise gemeint seyn kann.

Was den s. g. Anstifter (§. 63. N. 2.) und dessen Verhältnifs zu dem Angestifteten und seiner Handlung (§. 64.) und die, nach sehr verschiedenen möglichen Combinationen zu bestimmende Strafbarkeit betrifft, so sei mir erlaubt, gegen die in ihrer Allgemeinheit nicht zuzugebende Bestimmung von §. 64. auf Dasjenige Bezug zu nehmen, was ich in der bereits angeführten Abhandlung vorgelegt habe ¹⁴³).

Was §. 65. über die Strafbarkeit eines von Mehrern verabredeten Verbrechens — (ein Fall, den das Marginale als *Complot* bezeichnet) — anordnet, wonach sämtliche in der angegebenen Weise Betheiligte als Miturheber anzusehen seyn sollen, kann nur in sofern für richtig erkannt werden, als es sich aus dem §. 63. aufgestellten Begriffe des Urhebers ableiten läfst, vorausgesetzt, dafs dieser selbst zugestanden werde. Die Handlung des im Complotte begriffenen Schuldigen mufs sich unter eine der drei aufgestellten Kategorieen subsumiren lassen; der Theilnehmer mufs s. g. physischer oder intellectueller Urheber oder — wenn man für jetzt diesen Begriff gelten lassen will — Hauptgehilfe seyn. Aufserdem würde es mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit sich nicht vereinigen.

11 *

¹⁴³) S. Note 140. Vergl. noch besonders Schüler a. a. O. S. 65 fg.

gen lassen, unbedingt Jeden — selbst in Folge einer Verabredung Betheiligten — als Miturheber zu betrachten, vollends wenn er bei der Ausführung, auch ohne mitzuwirken, „auch nur gegenwärtig gewesen ist“ (§. 65.), da man wohl die frühere Behauptung, daß hier Jeder im Verhältnisse zu dem Andern als intellectualer Urheber zu beurtheilen sei, jetzt allgemein in ihrer Unhaltbarkeit erkennt. Zu welcher Härte dieß im besondern Falle führen müsse, bedarf keiner Ausführung. Die Mannigfaltigkeit der hier eintretenden Rücksichten fordert eine gerechte Erwägung des Richters, welche durch diese Vorschrift beengt wird. Der Grundsatz, daß Jeder nach seiner Schuld und Handlung zu beurtheilen sei, folgerichtig hier angewendet, könnte, unter Voraussetzung einer genügenden Bestimmung über Urheber und Gehilfen vollkommen ausreichen, wenn dann die §. 66. gegebene Regel hinzugenommen wird, „die Verübung eines Verbrechens durch Complot¹⁴⁴⁾ ist jeder Zeit ein Erschwerungsgrund bei Zumessung der Strafe.“ Dieser Ausdruck „Erschwerungsgrund“ erregt Zweifel. Ich würde, von dem eben angeführten Satze abgesehen, das Complot im Allgemeinen als Strafzumessungs- und beziehungsweise Erhöhungsgrund betrachten. Ob aber dieß der Sinn des §. 66. sei, bleibt unentschieden, denn es ist namentlich in dem Siebenten Abschnitte „Von der Zumessung, ingleichen von der Milderung und Schärfung der Strafen“ zwar von Erhöhung, aber nicht von Erschwerung die Rede. Unter den Erhöhungsgründen wird aber des Complots wenigstens ausdrücklich nicht gedacht, — nur

144) Hier wird dieser Ausdruck als ein technischer gebraucht, während man ihn in dem vorhergehenden §. 65. vermißt, — wenn man nicht das Marginale als einen wesentlichen Theil des Gesetzes betrachten soll, was der Umstand zweifelhaft macht, daß solche Randrubriken, wie bereits bemerkt, nicht selten ganz fehlen oder nicht durchgängig dem Inhalte des Gesetzes entsprechen.

mittelbar könnte man es in §. 107. finden, wozu aber nach §. 66. kein Bedürfnis ist. Unter den Schärfungsgründen wird dasselbe auch nicht erwähnt, so daß man dies wieder aus dem Umstande erklären möchte, der §. 66. habe dies bereits vorgesehen. In der That bedient sich nun dieser in dem gleich folgenden Satze des Ausdrucks „schärfen“ und es wird hier, wenn nicht eine deutlichere Fassung dem Zweifel begegnet, Sache der Auslegung seyn, ob den Urheber mittelst Complots eine erhöhte Strafe innerhalb des Strafrechnens treffe oder ein über dieses Maß hinausgehende Ahndung (Schärfung im Sinne des §. 111.) eintreten solle. Für die erstere Auslegung spricht, daß §. 66 pr. die „Zumessung der Strafe“ erwähnt und daß man in Gemäßheit des Gerechtigkeitsprinzips nicht sofort an ein Hinausgehen über das Maximum der Strafe denken darf, da der Schuldige, wenn seine Handlung für sich gewürdigt wird, auch wohl nur ein geringeres oder mittleres Maß verwirkt haben kann, wo dann durch eine angemessene Erhöhung wegen des Complots der Gerechtigkeit genügt wird. Für die andere Auslegung, die dann freilich nöthigen müßte, die ganze Bestimmung wegen ihrer nicht zu rechtfertigenden Härte anzugreifen, — ließe sich geltend machen, daß auch bei der Schärfung von einer Zumessung die Rede seyn müsse und daß, wenn die einen Gegensatz andeutende Vorschrift, daß gegen die Anstifter des Complots und gegen die Rädelsführer „die Strafe bis um die Hälfte geschärft werden könne“ — daraus nicht folge, sie könne nicht auch gegen die Anderen geschärft werden, sondern nur, daß die Schärfung, wenn sie bedingt erscheine, nicht jenes Maß der Hälfte erreichen dürfe. Auch bei den eben Genannten muß sie nicht, sie kann nur geschärft werden. Wie ich den §. 66. verstehe — und allerdings gehe ich dabei von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus, die hier gewiß nicht minder, als sonst, ihre Anerkennung in

dem Entwurfe finden, — so soll zunächst überhaupt der Umstand, daß ein Complot eingegangen war, jedem Theilnehmer zugerechnet und als Erhöhungsgrund bei der Zumessung der Strafe in Anschlag gebracht werden. Ist ohnehin schon das Maximum oder ein demselben nahe kommender Grad der nur relativ bestimmten Strafe nach der Schuld des Einzelnen und den bei ihm individual in Betracht zu ziehenden Umständen verwirkt und dadurch die Nothwendigkeit geboten, über das Maf hinauszu-gehen, so kann Schärfung und, so weit dieß zulässig ist, Uebergang zu einer härtern Strafart Statt finden, welche selbst, und nicht bloß für die Anstifter des Complots und Rädelshführer, innerhalb der angegebenen Grenzen (d. h. nicht über die Hälfte) zu bemessen ist. Dieser Ansicht, die ich mit dem §. 66. für völlig vereinbar halte, wenn nur derselbe eine deutlichere Fassung erhält, steht aber entgegen, daß in dem §. 118 fg. nur Concurrenz und Rückfall als Schärfungsgründe genannt sind und daß für viele Fälle diese Schärfung bis zur Hälfte unausführbar sei, — ein Einwand, der freilich auch jetzt den §. 66. trifft. Denn ob es nach dem Entwurfe gestattet sei, — was auch sonst mit Recht Bedenken erregen müßte, — auch dann eine solche Bestimmung auszuführen, wenn dieß nicht anders, als durch die Wahl einer qualitativ verschiedenen Strafart geschehen könnte, muß wohl bezweifelt werden. Wäre z. B. schon eine Zuchthausstrafe des höchsten Grades verwirkt, so würde, da darüber hinaus eine nach Jahren zu bestimmende Strafe und eine Berechnung nach Bruchtheilen (der Hälfte etc.) nicht statthaft ist, zwar folgerichtig auf lebenswierige Freiheitsstrafe zu erkennen seyn, — indessen muß ich dagegen geltend machen, was ich oben über die Eigenthümlichkeit derselben ausgeführt habe¹⁴⁵). Unzweifelhaft aber ist es, daß, wenn schon an sich die

¹⁴⁵) Vergl. die Note 59. angeführte Abhandlung.

lebenswierige Zuchthausstrafe verwirkt ist, die Schärfung selbst in dem Mafse, wie sie §. 66. erlaubt, nicht die nächst höhere, die Todesstrafe, zu rechtfertigen vermöchte und dafs diese von dem Richter, — da sie ohnehin nothwendig zu beschränken ist, — nur in den seltneren Fällen zuerkannt werden dürfe, wo sie das Gesetz ausdrücklich angedroht hat.

Fassen wir Alles zusammen, so kommen wir, obschon auf theilweise anderem Wege, zu dem auch sonst ausgesprochenen Ergebnisse, dafs diese Bestimmungen im Gesetze besser wegblieben. Es würde hinreichen, auf die allgemeinen Grundsätze zu verweisen und in dem siebenten Abschnitte gehörigen Orts der hier erwähnten Fälle zu gedenken, zugleich die nöthig scheinenden Beschränkungen, sowie die Weise anzugeben, wie jene Vorschriften in Uebereinstimmung mit dem Grundsatz über die besonderen Strafarten in Anwendung zu bringen seien.

Dem zu Folge könnte dann der §. 67., welcher schon die Eingehung des Complots an sich für strafbar erklärt, nach dem Vorgange des Code pénal (Art. 265. 266.) seine Stelle in dem besondern Theile erhalten und in der erwähnten Weise bedroht werden, wenn nicht schon die allgemeinen Grundsätze über den Versuch (§. 55.) für ausreichend erachtet würden. Letzteres möchte ich aus dem Grunde vorziehen, weil dann dem richterlichen Ermessen die Beurtheilung überlassen bliebe, ob auch überhaupt die Bedingungen des Versuchs bei dem zwar verabredeten, aber ganz unterbliebenen Verbrechen vorhanden sind, da, auch aufser dem Falle des §. 62., es möglich ist, dafs eine schonendere Behandlung sich rechtfertige. Jetzt ist der Richter genöthigt, hier einen nicht beendigten Versuch anzunehmen. Ja, der §. 62., der zunächst noch gröfsere Nachsicht gewährt, indem das freiwillige Abstehe von der Vollendung bei schon begonnenem Verbrechen unter den dort aufgestellten Bedingungen Strafflosigkeit be-

gründen soll, könnte in dem Schlufssatze „ist jedoch die Versuchshandlung schon ein für sich bestehendes Verbrechen, so wird die Strafe dieses letztern dadurch nicht aufgehoben,“ so ausgelegt werden, dafs die Verweisung auf denselben in §. 67. vergeblich wäre, da gerade dieser die Handlung für ein selbstständiges Verbrechen erklärt, dessen Begriff dadurch nicht hinwegfällt, dafs die Strafe die des nicht beendigten Versuchs (nämlich zu dem verabredeten Verbrechen) seyn solle. Eine sorgfältigere Fassung wird diesen Bedenken und scheinbaren Widersprüchen abhelfen und diefs um so mehr zu wünschen seyn, als der §. 67. nicht die gebietende Gesetzessprache, sondern mehr die Form einer Drohung bekundet, durch die (etwa um abzuschrecken?) gleichsam Etwas, was an sich nicht rechtlich gelten sollte, dennoch verordnet wird.

„Auch wenn das beabsichtigte Verbrechen ganz unterblieben ist, so wird doch schon die Eingehung des Complottes jedem Theilnehmer, welchem die Vorschrift des §. 62. nicht zu Statten kommt, als nicht beendigter Versuch zugerechnet.“

Die einfach dispositive Bestimmung ist, dafs die Eingehung des Complotts, wenn das Verbrechen unterblieben ist, als — Versuch zu bestrafen sei. Will man diesen §. 67. beibehalten, so würde der §. 68., der von dem nicht unterbliebenen, sondern dem ausgeführten Verbrechen handelt und nur den Theilnehmer des Complotts, der in keiner Weise bei der Verübung des Verbrechens mitwirkte und auch nicht gegenwärtig war (wieder mit gewissem Vorbehalte) nur mit der Strafe des nicht beendigten Versuchs bedroht, — voranzustellen seyn. Auch liefsen sich beide §§. verbinden in der Fassung, dafs die Strafe des nicht beendeten Versuchs verwirkt werde erstens im Falle des §. 68. und zweitens in dem des §. 67.; sofern überhaupt der §. 67. seinem Inhalte nach hier seine Stelle haben soll. Was übrigens die Verweisung auf §. 62. anlangt,

so beziehe ich mich auf das eben Gesagte. Die anderen Ausnahmen entgegengesetzten Inhalts, wonach der nicht Mitwirkende und nicht Gegenwärtige bei der Ausführung nicht auf solche Schonung, nur wegen nicht beendigten Versuchs beurtheilt zu werden, Anspruch haben soll, wenn er Anstifter war, scheint mir in sofern nicht durchgängig gerechtfertigt, als dann gegen ihn §. 66. (Absatz 2.) zur Anwendung kommen müßte ¹⁴⁶⁾. Dieß halte ich, wie bemerkt, nur so weit für gegründet, als der Begriff des Anstifters, mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles und auf Das, was von der durch die Anderen begangenen That in den Kreis seiner Verantwortlichkeit gehört, eine solche, in ihrer Allgemeinheit nicht gut zu heissende, Verfügung gestattet. Es ist dieß die Consequenz einer unrichtigen Auffassung des Verhältnisses des s. g. intellectualen Urhebers zu dem physischen und einer fernern unrichtigen Annahme über das gegenseitige Verhältniß mehrerer Complottirenden. Zunächst und gewiß für viele Fälle würde hier die Anwendung des §. 64. bedingt seyn, welcher aber, wie jetzt der §. 66. lautet, dadurch ausgeschlossen wird, daß er nicht von dem Complotte, sondern nur von einfacher Anstiftung zu einem Verbrechen spricht, dessen Ausführung ohne des Anstifters Willen unterbleibt. Man sieht hier, zu welchen Willkürlichkeiten es führt, wenn man den einfachen Grundsatz, Jeden nach seiner Schuld zu beurtheilen, verläßt. Man könnte einer Seits bei jeder Anstiftung, die von dem beabsichtigten Erfolge begleitet ist, ein Complot annehmen, anderer Seits, wenn man einwendet, bei jener handle der

146) Was Temme a. a. O. S. 169. dafür aus den früheren Berathungen anführt, kann keineswegs so „unbedingt unterschrieben werden,“ wie er behauptet. Wenn die „ganze Begründung der gleichen Strafbarkeit der Complottanten eben nur Voraussetzung und Abstraction aus Dem ist, was die Erfahrung als das Gewöhnliche zeigt,“ so ist sie schwach genug und die Gerechtigkeit hat eine andere Aufgabe.

Anstifter nicht mit, sondern lasse nur den Andern handeln, so ist dieß ja gerade der Fall des §. 68., wo dann die Härte der Bestimmung von §. 66. unzweifelhaft hervortritt.

Das bisher Vorgetragene leidet auch im Ganzen auf den Begriff der Bande Anwendung, welcher §. 69. aufgestellt ist. Wir lassen die Richtigkeit der hier gegebenen Definition auf sich beruhen und erkennen es schon für zweckmäßig an, wenn man einmal hierfür speciale Bestimmungen für angemessen erachtet und nicht lieber der richterlichen Beurtheilung mehr überlassen will, daß durch diese Definition den Streitfragen begegnet werde, welche bisher in der Praxis darüber Statt fanden, wenn eine Bande anzunehmen sei. Wohl aber läßt sich über den Inhalt des §. 69. rechten, der in der Härte noch weiter geht, als die §§. 65 — 68. bei dem Complotte, und zwar wieder in Folge einer falschen Ansicht, während man mit der bereits gerechtfertigten Regel vollständig ausreichen könnte. Ohne Zweifel wird man die Worte: „Verbindung zu fortgesetzter Verübung von Verbrechen gleicher oder verschiedener Art,“ wodurch die Bande bezeichnet werden soll, in dem Sinne nehmen dürfen, den die Wissenschaft und der Sprachgebrauch erkennen, daß nämlich die zu begehenden Verbrechen (z. B. Diebstähle) nur im Allgemeinen, nicht als einzelne beschlossen seien¹⁴⁷⁾. Dann mag das Eingehen der Verbindung im Allgemeinen ein Erschwerungsgrund seyn. Diesen aber so weit auszu dehnen, daß rücksichtlich „der in Folge solcher Verbindung verübten Verbrechen nicht nur die Vorschriften der §§. 65 — 68. Anwendung finden, sondern auch die sonst Statt findenden Strafen den Umständen nach bis zur Verdoppelung geschärft werden können“ — gibt es keinen Rechtsgrund. Gegen wen soll denn dieses gelten?

¹⁴⁷⁾ Mein Lehrbuch der Strafrechtswissensch. §. 74.

Gegen Alle, die überhaupt an der Verbindung Theil nahmen, gegen alle Glieder der Bande? Ohne Unterschied, ob sie auch Alle und in gleicher Weise an allen Uebelthaten Theil genommen haben? Die Erfahrung zeigt bei gröfseren, oft weit zerstreuten Diebes- und Räuberbanden, dafs sie sich wieder in besondere Gruppen theilen, dafs an einer und der andern Frevelthat nur Einzelne, nicht Sämmtliche Theil nehmen, dafs Andere von dem bestimmten Verbrechen, das da oder dort verübt wird, nicht einmal Kenntnifs haben. Gerechter Weise kann man nur für's Erste überhaupt in der Verbindung einen Grund erhöhter Strafzumessung finden. Ferner sind die Handlungen der Einzelnen, also was gerade diese in der Bande rücksichtlich eines nunmehr bestimmt verabredeten Verbrechens gethan haben, für sich zu würdigen, wo dann so viele Complotte zum Vorschein kommen, als hier besondere Gruppen von Theilnehmern sich ergeben. Dem einzelnen solchergestalt verübten Verbrechen sind die Uebri- gen, die davon Nichts wufsten, ganz fremd, und wenn zu dem Complotte das bestimmte Wissen und Wollen gehört, die Bande aber auf's Unbestimmte geht und nur erst im Falle der besonderen Begehungen unter den hierbei Be- theiligten die nähere Bestimmung und Das hinzutritt, was das Complot charakterisirt, so läfst sich weder allgemein der Begriff und die Strafbarkeit des Complots auf alle Theilnehmer der Bande und für alle Verbrechen anwen- den, noch eine Schärfung bis zur Verdoppelung mit den Forderungen der Gerechtigkeit vereinigen. Man kann sa- gen, die Bande sei ihrer Natur nach extensiv gefährli- cher, aber das Complot ist es intensiv: und nur für die einzelnen Fälle, wo die von den Gliedern der Bande verübten Missethaten als durch Complot bewirkt zu be- trachten sind, mag eine höhere Strafzumessung, selbst eine Schärfung, zu Recht bestehen, die aber nicht noth- wendig für Alle und nicht für Alle in gleichem Mafse

Statt findet. Nach unseren Grundsätzen muß Jeder wieder nach seiner Handlung ¹⁴⁸⁾ und also nach den verschiedenen Verübungen, an denen er zu Folge der Verbindung wirklich auf irgend eine Weise Theil nahm, beurtheilt und dabei jener Erschwerungsgrund in Berechnung gebracht werden; dabei müssen dann die Strafen der Verbrechen gleicher oder verschiedener Art nach den Regeln über das Zusammentreffen (§. 118 — 122.) zugemessen werden. Auch ist wohl nicht die Meinung des Entwurfs, Dasjenige, was einem Einzelnen zur Last fällt und in der Verabredung nicht enthalten ist, z. B. wenn diese auf Raub ging, ein Theilnehmer aber einen Mord, um jenen zu begehen, ausübte, auch den Uebrigen zuzurechnen.

Die Verweisung auf §. 65 — 68. ist in sofern nicht passend, als §. 67. von dem Unterbleiben der Verbrechen, der §. 69. aber von dem Gegentheile handelt, während dabei doch die richtige Ansicht durchblickt, daß nicht alle Verbrechen der Bande überhaupt, sondern jedes für sich, nur mit Rücksicht auf das erschwerende Moment, so weit es im besondern Falle Platz greift, zu würdigen seien. Welche Strafe übrigens, außer den §. 65 — 68. bereits in Bezug genommenen — nämlich den durch Complot und Bande verübten Verbrechen — noch „sonst Statt finden“ und verdoppelt werden sollen, ist nicht wohl einzusehen.

In §. 70. wird, wer Gehilfe sei, nur mehr negativ im Gegensatze zu der Theilnahme mittelst Complots und des Hauptgehilfen, übrigens besonders im Verhältnisse zu dem letztern keineswegs so bestimmt, daß Zweifel entfernt werden, zumal wenn man erwägt, wie schwankend

148) S. überhaupt meine „Bemerkungen über das rechtliche Erforderniß verhältnißmäßig gleicher Behandlung verschiedener Uebertreter desselben Strafgesetzes“ im Archive des Criminalr. J. 1835. S. 151 fg.

Das sei, was §. 63. Nr. 3. aufstellt. Nach diesem §. 70. erscheint auch der Hauptgehilfe als Gehilfe, wie dieß auch im wörtlichen Ausdrucke liegt. Nach §. 63. wird er zu den Urhebern gerechnet. Das Richtige ist hiernach, daß der Richter mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse zu beurtheilen habe, wiefern die Handlung eines neben dem (Haupt-) Urheber in irgend einer Weise thätig gewesenen Mitschuldigen in die eine oder andere Kategorie falle. Dieß ist auch wohl der Sinn der vorliegenden Vorschrift, die an sich zu billigen ist. Der Grundsatz, welchen §. 71. zuerst über die Strafbarkeit des Gehilfen im Allgemeinen und im Verhältnisse zu dem Urheber aufstellt, entspricht der Gerechtigkeit. Die Anwendung desselben auf Fälle, wo den Urheber die schwersten, absolut bestimmten Strafen (am Leben oder lebenswichtige Freiheitsentziehung) treffen, ist gleichfalls so weit anzuerkennen, als hier überhaupt letzte positive Vorschriften gerechtfertigt sind, wo dann die sonst über das Strafmaß aufgestellten Regeln des Entwurfs ihren Einfluß ausüben. Hiernach sind für den Gehilfen diese schwersten Strafen des Urhebers ausgeschlossen und für alle anderen Fälle das Maximum auf zwei Drittheile der dem Urheber angedrohten Strafe gesetzt. Dem richterlichen Ermessen bleibt — und dieß ist zu loben — die gebührende Freiheit, die Ahndung bis zu dem Minimum herabzusetzen, welches die gedrohte Strafart zuläßt, wobei in Betreff Dessen, was am Schlusse durch Verweisung auf §. 59. verordnet ist, das früher Bemerkte zu wiederholen ist ¹⁴⁹). Auch ist gut zu heißen, daß der Maßstab an sich nicht die Strafe ist, die den Urheber trifft und gegen ihn rechtskräftig ausgesprochen wird, sondern die ihm angedroht ist. Dieß wird nicht immer, aber doch zuweilen einen praktischen Unterschied begründen, da sich Fälle denken lassen,

149) Vergl. besonders Schüler a. a. O. S. 67.

wo nach der Individualität der verschiedenen Theilnehmer (Jugend, verminderte Zurechnung etc.) den Urheber eine gelindere Ahndung treffen kann und muß, als den Gehilfen.

Der Entwurf gedenkt nicht des s. g. socius specialis und generalis. Ich glaube, mit Recht, da die Begriffe, welche man mit diesen, in den Quellen nicht vorkommenden Ausdrücken ¹⁵⁰⁾ verbindet, eben so willkürlich sind, als die daran geknüpften praktischen Folgen. In jedem besondern Falle wird bei Erwägung der individualen Verhältnisse des Gehilfen zu dem Urheber eines bestimmten Verbrechens auch Das nach allgemeinen Grundsätzen zu berücksichtigen seyn, was sich als strafehöhen- oder minderndes Moment darbietet.

Von der s. g. Begünstigung handeln §. 72 — 74. im Ganzen nach den allgemeinen Grundsätzen. Der Entwurf unterscheidet erstens die Personen, welche sich der Begünstigung schuldig machen, indem, wenn diese Verwandte etc. sind, (nach §. 74.) für den Fall des §. 73. (und dieß sollte wohl auch für den von §. 72. wenigstens nicht unbedingt ausgeschlossen seyn) Strafflosigkeit Statt findet; ferner das Motiv, ob Jemand aus eigenem Interesse (§. 72.) oder ohne solches, lediglich aus Theilnahme an der Person des Verbrechers, auf die im Gesetze erwähnte Art sich thätig erweist: in letzterem Falle ist eine geringere Strafe, — Geldbusse bis zu fünfhundert Thalern oder Gefängniß bis zu sechs Monaten, in ersterem eine härtere verwirkt, „Geldbusse, Gefängnißstrafe oder Strafarbeit bis zu fünf Jahren.“ Endlich die Größe oder Schwere des begangenen Verbrechens, so weit der Theilnehmer oder Begünstiger dieselbe gekannt hat. Diese wird jedoch

150) Man kann daher nicht eigentlich mit Schüler a. a. O. S. 67. sagen, daß „die Gesetze des römischen Rechts sich widerstreiten.“ Vergl. mein Lehrbuch §. 75. und Birnbaum: „Von dem Begriffe von socius in den Quellen des römischen Strafrechts“ im Archive des Criminalr. 1842. S. 1 fg.

als Zumessungsgrund nur bei der Begünstigung aus eigenem Interesse erwähnt (§. 72.). Bei der aus bloßer Theilnahme an der Person des Verbrechers wird dieses Momentes nicht gedacht. Man muß es jedoch mit hinzunehmen, weil, wenn gar keine Kenntniss eines (vollendeten oder auch nur versuchten) Verbrechens obwaltet, ein wesentliches Merkmal für den Thatbestand dieser, nur unter solcher Voraussetzung strafbaren Handlung fehlen würde. Auch wird ohne Zweifel unter Umständen innerhalb des Strafrechnens die Ahndung mit Rücksicht auf die Grösse und Schwere des verübten Verbrechens zu bemessen und mit Dem, was dem Urheber zur Last fällt, in ein gerechtes Verhältniss zu setzen seyn. Diefs ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen, und es darf also der §. 73. nicht so verstanden werden, als solle jene Rücksicht ganz ausgeschlossen seyn. Nur so Viel ist — wenn ich das Gesetz richtig verstehe — anzunehmen, dass nicht überall eine Kenntniss erfordert werde, wie sie §. 73. erwähnt. Denn die Theilnahme an der Person, z. B. eines Flüchtlings, der Schutz sucht, — das Mitleid kann sich erweisen auch ohne Kenntniss, von der Art, der Grösse und der Schwere des Verbrechens, wenn nur überhaupt gewusst wird, dass eine strafbare (vollendete oder versuchte) Gesetzesübertretung dem Verfolgten zur Last fällt. Und ferner, wenn jene Kenntniss vorhanden ist, so lässt sich in diesem Falle des §. 73., der überhaupt und aus zu billigen Gründen milder behandelt werden soll ¹⁵¹⁾, die Grösse und Schwere,

151) Bei Schwarze a. a. O. S. 53. ist die Sache gerade umgekehrt, aber im Widerspruche mit den deutlichen Worten des Entwurfs dargestellt, wenn man nicht Z. 17. Statt „milder“ „härter“ lesen will, was man nach dem Entwurfe annehmen muß, obschon dieser Druckfehler nicht bei den „Berichtigungen“ angegeben ist. Uebrigens ist es nicht gegründet, wenn er glaubt, der Entwurf bilde hier ein selbstständiges Verbrechen der Begünstigung, in anderem Sinne, als bei der Beihilfe etc., wozu auch dieser Abschnitt nicht der

mit einem Worte die Strafbarkeit des Verfolgten und Schutz Suchenden nicht stets gerechter Weise zum Maßstabe für die Ahndungswürdigkeit des Begünstigers nehmen: im Gegentheile darf man, — wo einmal das Mitleid, das Interesse an der Person und nicht das moralische Urtheil über dessen Verschuldung sich geltend macht, — das Umgekehrte annehmen. Je größer die Gefahr ist, welcher der Verfolgte zu entinnen strebt, um so mehr wird das Mitleid — wo es überhaupt waltet — sich regen. Ein natürliches und von der Gesetzgebung zu achtendes Gefühl wird Dem, der einen Unglücklichen vor sich sieht, welchem die Todes- oder eine andere schwere Strafe droht, eher abhalten, — den erbetenen Schutz zu verweigern, als wenn der Flüchtling nur eine geringere Strafe zu gewärtigen hat. Es ist hier überall nicht die Rede von der besondern Ausnahme, wo die Begünstigung anders behandelt werden muß. Ist dieß der Sinn des §. 73., so verdient derselbe volle Zustimmung. Nur versteht sich, daß dann „die Begünstigung ohne eignes Interesse nur aus Theilnahme an der Person“ in einer engern Bedeutung genommen werden müsse, als die des §. 72 ist, in'sbesondere darf nicht „eine Theilnahme an den Vortheilen des Verbrechens“ Statt finden. Daher ist eine genauere Redaction beider §§. zu wünschen. In §. 72. dürfte Statt: „Bei der Zumessung dieser Strafe“ gesagt werden: „Bei der Wahl der Strafart und der Zumessung der Strafe.“ Die Gründe dieses Antrags auf veränderte Fassung sind unmittelbar einleuchtend.

Dafs

geeignete Platz wäre. Und gewifs wäre es nicht zweckmäfsig, die Strafe der Begünstigung bei jedem einzelnen Verbrechen besonders zu bestimmen, was Theils eine unnütze und störende Weitläufigkeit wäre, Theils die allgemeinen Grundsätze um so weniger entbehrlich macht, je mehr die concreten Verhältnisse solche fordern und speciale Bestimmungen hier in hohem Grade bedenklich erscheinen.

Dafs die dem Familienprincipe gewidmete Rücksicht sich nicht blofs auf den Fall des §. 73. beziehe, sondern auch bei dem des §. 72. wenigstens eintreten könne, habe ich bereits oben angedeutet. Selbst die Theilnahme an den Vortheilen des Verbrechens ¹⁵²⁾ ist hier nicht durchgängig auszuschliessen, obschon man nicht umhin kann, darin eine Gemeinheit der Gesinnung und nicht blofs eine Immoralität, sondern auch eine unleugbar zuweilen Statt findende Gemeingefährlichkeit zu erkennen, welche diesen Fall im Allgemeinen anders, als den des §. 73. zu würdigen gebietet. Aber auch hier kann sich unter Umständen die Sache anders gestalten. Auch die Theilnahme an den Vortheilen des Verbrechens wird nicht selten unter andere, eine mildere Beurtheilung bedingende Gesichtspuncte fallen. Sie kann ganz getrennt von denselben vorkommen, sie kann, selbst wo persönliche Verbindungen, wie sie §. 74. mit einer fast unnöthigen Weitläufigkeit erläutert, — nicht bestehen, doch zu Folge anderer, factisch anzuerkennender Beziehungen oft nicht ganz vermieden werden, oft geradezu unvermeidlich seyn. Daher rechtfertigt sich der gemachte Vorschlag, von rechtswidriger Theilnahme an den Vortheilen zu sprechen ¹⁵³⁾.

Ueberhaupt treten hier so vielfache Unterschiede, so viele, selbst zarte Rücksichten ein, dafs man hoffen mufs,

152) Diese Bezeichnungsweise ist einmal hergebracht für die *scelere quaesita* und soll hier nicht getadelt werden, obschon sie mangelhaft ist. Vortheile gewährt überhaupt das Verbrechen nicht. Folgen, die für Andere in irgend einer Weise nützlich sind, kann es haben, und diese werden nicht selten von dem Andern ganz unschuldig genossen, z. B. die durch den Tod eines von einem Dritten Ermordeten eröffnete Erbschaft. Von Vortheilen, wie sie der Entwurf nennt, kann nur die Rede seyn bei Verbrechen gegen die Vermögensrechte von Einzelnen, von Corporationen oder dem Staate. Diefs dürfte jedoch anders auszudrücken seyn. Andere Gegengründe stellt Temme a. a. O. S. 119. an.

153) Schüler a. a. O. S. 69.

es werde das richterliche Ermessen nicht auf eine Weise beengt werden, die der Gerechtigkeit und Rechtspolitik widerspräche.

Dem Familienprincipe ist sein Recht zugestanden, auch erscheint es beifallswerth, wenn für den Fall der bisher betrachteten Begünstigung der Kreis weiter gezogen wird (§. 74.), als für den der „unterlassenen Hinderung eines verbrecherischen Vorhabens“ (§. 75.), wo Theils nicht allgemein Strafflosigkeit eintritt, Theils die Angabe der Personen in mehrfacher Hinsicht eine abweichende ist. Die Pietät, welche bei der §. 73. sich bekundenden Begünstigung rücksichtlich der §. 74. genannten Personen anerkannt wird, beruht auf einem tiefern Grunde und Verhältnisse, als das nur bedingungsweise straflose Verfahren der §. 75. erwähnten Personen, die zu Folge ihrer Stellung zu dem Verbrecher, ohne jene sittliche Pflicht der Familie zu verletzen, im Stande waren, ein verbrecherisches Vorhaben zu verhindern, und dieß vorsätzlich oder fahrlässig zu thun unterließen. Hier können — bei der wesentlichen Verschiedenheit der Voraussetzungen, mehrere Personen verantwortlich gemacht und es müssen weniger für die unterlassene Verhinderung einen Entschuldigungsgrund anführen dürfen.

Indefs ist gegen die Aufzählung der Personen, denen bald ein Anspruch auf Befreiung von Strafe zusteht, bald eine bedingt grössere Verantwortlichkeit, bald auch hier, nach Verschiedenheit der Fälle, die Strafflosigkeit zugesprochen wird (§. 74—76.), Manches erinnert worden und es läßt sich allerdings bei einigen specialen Vorschriften eine bestimmte Angabe, sowie eine Modification der praktischen Folgen wünschen.

Dafs §. 74. „unter Verwandten in auf- und absteigender Linie auch die unehelichen begriffen sind“ läßt sich, selbst in der Ausdehnung auf den Fall, wo die (sonst juristisch ungewisse) Vaterschaft in Betracht kommt, „wenn

die uneheliche Verwandtschaft durch rechtskräftiges Erkenntniß oder Anerkenntniß der Vaterschaft bereits festgestellt war" wohl billigen, da hier die Rede ist von einer Ausnahme gegen die Strenge der Gesetze, von einer straflos bleibenden Begünstigung ohne eignes Interesse an dem Verbrechen, nur aus Theilnahme an der Person des Verbrechens. Nun könnte es zwar nur consequent erscheinen, dieses auch auf den Fall anzuwenden, wo Aeltern wegen unterlassener Verhinderung verantwortlich gemacht werden (§. 75.). — Diese werden hier ohne nähere Bestimmung genannt und die §. 74. gegebene Erklärung ist also auch hierauf zu beziehen, — allein man wird hier Theils verlangen müssen, daß zu jener Veststellung oder Anerkenntniß noch hinzukomme, es sei auch nicht Einem der Betheiligten diese Thatsache unbekannt, Theils bleibt zu erwägen, daß dieselbe bei unehelicher Verwandtschaft, wenn das Erziehungsverhältniß und die daran besonders sich knüpfende sittliche Verbindung fehlt, auch nicht überall von den Voraussetzungen begleitet sei, unter welchen es allein möglich ist, dem Vater und den väterlichen Ascendenten eine Verantwortlichkeit für Handlungen der Kinder (in dem gedachten Verhältnisse) bei Strafe aufzubürden. Es bleibt wenigstens eine *quaestio facti*, wie weit in einem gegebenen Falle der §. 75. Anwendung finden könne.

Der Entwurf hat aber, was im Principe wieder ganz folgerichtig ist, diesen weitem Begriff von Aeltern und Kindern (worunter auch Adoptiv- und Pflege- und uneheliche Verwandtschaft, letztere mit der angegebenen Modification zu verstehen sind), auch da angewendet, wo es sich um härtere Ahndung solcher Verbrechen handelt, bei denen die Verbindung zwischen dem Subject und Object des Verbrechens ein besonderer Erschwerungsgrund ist, z. B. Mord, Todtschlag, Tödtung durch Mißhandlung (§. 298. 301. 304. 354.), jedoch mit einer mildernden Ausnahme

bei der Blutschande (§. 373.), was, wie erinnert worden ist ¹⁵⁴), nicht überall in Uebereinstimmung mit dem jetzt geltenden Landrechte steht, wonach uneheliche Kinder weder in die Familie des Vaters, noch der Mutter treten (A. L. R. Th. II. Tit. 2. §. 639. 640. 656.), wie dieses auch eine Ungleichheit mit dem rheinischen Civilgesetzbuche herbeiführt, wo der Grundsatz gilt: *la recherche de la paternité est interdite* ¹⁵⁵), — so dafs für das Civil- und das Criminalrecht gerade da zwei einander widersprechende Regeln gelten würden, wo die strafrechtliche Bestimmung sich doch nur auf einen anerkannten civilrechtlichen Grundsatz bezieht, oder mindestens, wenn in der Rheinprovinz mit der Voraussetzung auch die Folge wegfällt, die beabsichtigte Gleichheit in einem wichtigen Punkte nicht erreicht würde. So wird ferner der Erzieher in §. 74. nicht, wohl aber in §. 75. genannt; er wird also strafbar, wenn er eine Begünstigung aus blofser Theilnahme an der Person eintreten läfst; er bleibt straflos, wenn er ein verbrecherisches Vorhaben des Zöglings nicht verhindert, weil er dieses ohne Anzeige bei der Obrigkeit nicht vermochte. Es ist nicht ersichtlich, warum dasselbe Verhältnifs, — welches allerdings in seiner wahrhaften Bedeutung die ganze Persönlichkeit umfassen soll, nicht auf gleiche Weise in den beiden Fällen behandelt wird ¹⁵⁶).

Vormündern kommt unter derselben Voraussetzung eine Entschuldigung wegen Nichtverhinderung zu Statten, §. 75., sowie sie auch §. 74. von der Strafe der blofs persönlichen Begünstigung (§. 73.) frei bleiben. Diese können aber den *personae exceptae* nur in sofern gleichgestellt werden, als sie entweder selbst Verwandte oder doch

¹⁵⁴) Referat des zur vorberathenden Begutachtung über den Entwurf des neuen Strafgesetzbuchs zusammengetretenen ständischen Ausschusses der Provinz Schlesien. S. 10.

¹⁵⁵) Code civil. Art. 340.

¹⁵⁶) Vergl. das Note 154. angeführte Referat a. a. O.

zugleich Erzieher sind. Ausser diesem Falle ist ihr Verhältniss zu dem Mündel mehr auf das Vermögen bezogen und sie haben häufig mit der Erziehung nur Wenig zu thun, so dass sich um so weniger dadurch allein schon ein nahes persönliches Band ergibt, als nicht selten fremde Personen ohne näheres Interesse zur Uebernahme der Tutel, als einer Pflicht, berufen werden, der sie sich nur ausnahmsweise und bei dem Daseyn besonderer Befreiungsgründe zu entziehen vermögen. Doch mag es nicht gemissbilligt werden, wenn der Entwurf sie hier erwähnt: nur darf, wo nicht von Entschuldigung oder gelinderer Behandlung, sondern von einer strengern Verbindlichkeit derselben die Rede ist, nicht ohne nähere Erwägung der besonderen Umstände und Verhältnisse verfahren werden. Denn die Autorität des Tutors ist wesentlich eine andere, als die der Aeltern oder Erzieher.

Der §. 76. ist nicht deutlich genug gefasst. Die Worte: „Wenn ausser den in §. 75. bezeichneten Fällen — Jemand — die Ausführung zu verhindern unterlassen hat,“ würden eine bestimmtere Bedeutung haben, wenn wirklich verschiedene Fälle einander entgegengesetzt wären. Diefs sucht man aber vergebens. Der Gegensatz liegt vielmehr in den Personen, — dort (§. 75.) „Aeltern, Vormünder, Erzieher, Lehrmeister und Dienstherrschaften“ im Verhältnisse zu den ihrer Gewalt und Aufsicht untergebenen Individuen, hier überhaupt Jeder (Jemand), der in der Lage ist, ein verbrecherisches Vorhaben auf die angegebene Weise verhindern zu können und diefs zu thun verabsäumt. Dann nimmt es sich sonderbar aus, dass unter den Mitteln ausser anderen auch „zeitige Anzeige bei der Obrigkeit“ genannt wird und zuletzt die Ausnahme folgt für eng verbundene Personen, in sofern sie die Ausführung des verbrecherischen Vorhabens ohne Anzeige bei der Obrigkeit zu verhindern im Stande waren. Soll aber der Gegensatz nicht die Personen, sondern wirklich

Fälle betreffen, so werden die Bedenken nicht gehoben. Der §. 75. nennt ohne alle Ausnahme ganz allgemein „verbrecherische Vorhaben“ und bezeichnet also keine Fälle; der §. 76. nennt: „verbrecherische Vorhaben, durch welche der Staat oder eine Privatperson mit einem erheblichen Schaden bedroht wird.“ Es enthält folglich der §. 75. Alles und nur mehr, als der §. 76., welcher also diese Pflicht nicht bei anderen Verbrechen und selbst bei der hier angedeuteten Kategorie nicht auferlegt, wo der Schade nicht erheblich seyn würde, — eine freilich sehr unbestimmte Angabe, wo sich der Nichthindernde zu seinem Nachtheile verrechnen könnte, wenn das Gericht einen andern Mafsstab für die Beurtheilung der Erheblichkeit aufstellt. Es ist also in der That keine Rede von Fällen auſser denen des §. 75., sondern von solchen, die innerhalb der Vorschrift desselben stehen und nur in sofern hervorgehoben werden, als bei ihnen, — und darum muß man den Gegensatz nothwendig auf die Personen beziehen, — Jedermann auch ohne eine ihm zustehende Botmäßigkeit über Den, der ein verbrecherisches Vorhaben hegt, zur Verhinderung verpflichtet wird. Dann hat es einen guten Sinn, daß dies nicht auf alle, sondern nur auf die erwähnten Verbrechen bezogen würde und daß die Strafe für sie gelinder sei, als für jene Anderen, die durch ihr persönliches Verhältniß eine dringendere Pflicht und ein meist sichreres Mittel zur Hinderung hatten. Die zuletzt ausgenommenen Personen hätten hier gar nicht erwähnt werden sollen, da rücksichtlich ihrer der §. 73. erschöpfend ist, und da endlich auch der Gegensatz nicht in den Mafsregeln der Verhinderung, wenigstens nach der Fassung der Gesetze, zu suchen ist. Denn §. 75. spricht wieder ganz allgemein von Verhinderung, welche ohne eigne oder eines Dritten Gefahr möglich war, und §. 76. sagt in der Umschreibung „durch zeitige Anzeige bei der Obrigkeit oder durch Benachrichtigung des Bedrohten oder

durch andere ihm zu Gebote stehende Mittel, so weit es ohne eigne oder eines Dritten Gefahr geschehen konnte," nur dasselbe; denn die Beschränkung rücksichtlich der Mittel, an die man, etwa gegenüber der allgemeinen Bestimmung des §. 75., denken könnte, fällt weg durch die Schlussworte, welche alles Vorhergehende überflüssig machen: „oder durch andere ihm zu Gebote stehende Mittel." Dafs übrigens bei solchem Benehmen, welches hier als Begünstigung bezeichnet wird, ein Unterschied der Motive und der Willensrichtung eintrete, möge man ihn durch Vorsatz und Fahrlässigkeit oder auf andere Weise ausdrücken und dafs dieser gerecht in Betracht komme bei der Ahndung — die mir jedoch zu hoch bestimmt zu seyn scheint — läfst sich nicht verkennen, und es dürfte hier der Entwurf gegen die vorgebrachten Erinnerungen vertheidigt werden können.

In §. 77. steht die Randrubrik mit dem Inhalte Theils nicht in Uebereinstimmung, Theils sogar in Widerspruch. Zuerst wird blofs remissiv der (an anderen Orten des Entwurfs angegebenen) besonders bestimmten Fälle gedacht, wo die Unterlassung der Anzeige bereits verübter Verbrechen strafbar seyn soll. Was hier als eigentliche Sanction über die s. g. Begünstigung nach der That sich findet, ist, „wenn Jemand, welcher von dem Thäter eines Verbrechens Kenntnifs hat ¹⁵⁷⁾ und weifs, dafs ein Unschuldiger defshalb zur Untersuchung gezogen ist, die Anzeige des wahren Thäters bei der Obrigkeit unterläfst." Hier, wo das Verbrechen bereits bekannt und defshalb eine Untersuchung eingeleitet ist, bedarf es natürlich nicht einer Anzeige desselben und es paßt diess so Wenig zu der, nur von „Unterlassung der Anzeige eines verübten Verbrechens" sprechenden Rubrik, als das, was

157) Eine unpräcise Fassung, für: „welcher den Thäter kennt oder weifs."

gefordert wird, daß nämlich zu dem bereits bekannten Verbrechen der Thäter angezeigt werde. Ohne Zweifel ist dieß nicht nur für den eigentlichen Thäter, sondern auch für Gehilfen anzunehmen, durch deren Aussagen man auch zu der Kenntniß gelangen kann, auf die es in den gedachten Fällen vorzugsweise ankommt, nämlich einen Unschuldigen, der in Untersuchung gerathen, zu befreien. Zu billigen ist es, daß man die, gewiß mit Recht beschränkte, Denunciationspflicht da nicht ausschließt, wo ein Unschuldiger in Gefahr ist, verurtheilt zu werden oder doch die in Folge einer Untersuchung eintretenden Uebel zu erleiden ¹⁵⁸). Aber eben der Grund, der hier eine besondere Ausnahme veranlaßt, der es gebietet, eine Anforderung zu machen, die sonst um so zweckmäßiger nicht gestellt wird, als sie doch meist vergebens und eine Ahndung dem sittlichen und Rechtsgeföhle widersprechend seyn würde, gestattet nicht, ganz unbedingt die §. 74. genannten Personen straffrei zu erklären, wie es hier geschieht, in einer Fassung, die auch formal zu tadeln ist. „Die Bestimmung dieses §. findet auf die in §. 74. genannten Personen keine Anwendung“ ¹⁵⁹). Wohl darf man, selbst wenn ein Unschuldiger im höchsten Grade gefährdet ist, den Aeltern und Kindern nicht eine Zumuthung machen, die mit dem natürlichen Geföhle und der Pietät im Widerspruche steht und deren Befolgung nicht ohne eine, auch in allgemeinerer Beziehung höchst bedenkliche, Collision Statt finden könnte. Die gedrohte Strafe wird sie nicht zur Anzeige bestimmen, wenn nicht ein anderer Beweggrund

158) Oder sogar verurtheilt oder nur unvollkommen losgesprochen ist. Braunschweig. Strafgesetzbuch §. 48.

159) „Dieses §.“ ist nicht eine würdige Gesetzessprache. Warum nicht: „diese Bestimmung“? wodurch zugleich das mögliche Mißverständniß vermieden wird, auf welches Temme a. a. O. S. 122. aufmerksam macht; als ginge dieß auf den unmittelbar vorher allegirten §. 72.

eintritt, der in einzelnen Fällen eben so verwerflich, als in anderen ehrenwerth seyn dürfte. Käme es zu ihrer Bestrafung, so wäre ohnehin die Sache entdeckt und es hat dann die Anzeige gar keinen Sinn, wenn nicht dem Gesetze die eben (Note 158.) erwähnte erweiterte Bestimmung gegeben würde. Aber man darf nicht übersehen, daß es Mittel gibt, auch ohne Anzeige des Schuldigen doch den Unschuldigen gegen jene Gefahr zu sichern und daß, wenn die genannten Personen einen solchen wissentlich in der Gefahr belassen oder gar es zusehen, daß er wirklich verurtheilt und die Strafe an ihm vollstreckt werde, dieß eine Handlung sei, die gar nicht mehr unter den Gesichtspunct solcher Begünstigung fällt, die sich nicht mehr auf die fragliche begangene That bezieht, sondern die rücksichtlich eines vorhergesehenen und mit Absicht nicht verhinderten Erfolgs den Charakter eines andern selbstständigen Verbrechens annimmt, dessen Bestrafung sich auch nicht bloß nach der Strafe richten kann, die der wahre Verbrecher verdient hat (§. 77. vergl. mit §. 72.), sondern, was davon nicht selten sehr verschieden seyn kann, nach der zu bemessen ist, die den Unschuldigen nach seinen individualen Verhältnissen treffen würde (vergl. §. 249. 259.)¹⁶⁰). Dieß veranlaßt zu haben, ist nicht bloß Verletzung einer Moralphlicht, sondern wirkliches und strafbares Unrecht. Der Entwurf verdient so wenig, wie andere Gesetzgebungen, einen Tadel, die bisher betrachteten Bestimmungen aufgenommen zu haben, die nur einiger Verbesserung und in der zuletzt erwähnten Beziehung sogar einer Erweiterung bedürfen. Man darf wohl vertrauen, daß der Richter bei Würdigung solcher Fälle die erforderlichen Rücksichten nicht außer Augen setzen werde. Es ist hier nicht der Ort, das Verhältniß

¹⁶⁰) Sehr beachtenswerthe Bemerkungen macht hier Schüler a. a. O. S. 75.

der Familie zum Staate, der Moral zum Rechte aus einander zu setzen, aber wie sehr auch ich die sittlichen Rechte der Familie und die moralischen Pflichten der Ehre, der Dankbarkeit, der Freundschaft etc. anerkenne, so vermag ich doch nicht zuzugeben, daß die Vorschriften der §§. 75—77., wenn sie gehörig begrenzt werden, im Widerspruche mit den Grundsätzen der Strafgerechtigkeit und der Criminalpolitik stehen. Wenn die bisherige Praxis nicht das Bedürfnis der Anwendung der ähnlichen im Landrechte (II. 20. §. 80.) bestehenden Bestimmung gezeigt hat, so heisst dieß nur so Viel, es seien dergleichen Fälle der Gefährdung Unschuldiger entweder nicht vor-, oder doch nicht zur Kenntniss der Behörde gekommen ¹⁶¹).

Sechster Abschnitt.

Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschliessen oder aufheben.

Da bisher von den Voraussetzungen der Strafbarkeit rücksichtlich der Art der Willensrichtung, der Handlung und ihres Erfolgs, sowie der Weise der Betheiligung die Rede war, so dürfte der siebente Abschnitt, welcher von der Zumessung der Strafe handelt, unmittelbar sich anschliessen und die Ausnahme, wonach die Bestrafung hinwegfällt, erst an's Ende gestellt werden. Allerdings muß aber ein Theil Dessen, was in dem gegenwärtigen Abschnitte vorkommt, nämlich die Zurechnung, ohne welche überhaupt keine verbrecherische Handlung besteht, als Voraussetzung der Strafbarkeit vorher erwähnt

¹⁶¹) Temme a. a. O. S. 120.: „Gesetzesstellen, wie die §. 75 bis 77. des Entwurfs, dürfen in einem Strafgesetzbuche gar nicht existiren. Mögen auch andere neue deutsche Strafgesetzbücher und Entwürfe sie aufgenommen haben. Thue Preussen den ersten Schritt der Rückkehr zur Gerechtigkeit. Es ist ein großer Fortschritt.“ — Das ist nicht so unbedingt wahr, — die Beispiele, wie die Deduction S. 119., sind nicht beweisend.

werden ¹⁶²⁾. Von dieser, die, wie es unvermeidlich ist, schon bei der Lehre von dem Vorsatze und der Fahrlässigkeit hat berührt werden müssen, ist nun hier die Rede, indem §. 78. das an sich richtige Princip aufstellt, wenn gleich nicht richtig ausdrückt, sowie es auch nicht zu der Randrubrik paßt, welche erst bei dem nächsten §. 79. stehen sollte. Denn §. 78., obschon die beschränkte und so weit negative Fassung zugleich ersehen läßt, wen die Zurechnung nicht treffe, will doch angeben, wenn und unter welcher Voraussetzung Zurechnung vorhanden sei. Eine solche Bestimmung, die ihre Bedeutung nur durch den Gegensatz erhält, könnte auch ganz entbehrt werden.

Ehe ich an die besonderen Vorschriften gehe, muß ich erinnern, daß dieser Abschnitt zwei von einander wesentlich verschiedene Fälle, — ohne Zweifel, wie es auch sonst geschieht, deshalb zusammenstellt, weil beide das gleiche Ergebniss begründen, daß eine Strafe nicht erfolgt. Der eine ist der, wo überhaupt keine verbrecherische Handlung ¹⁶³⁾ Statt findet, wo also auch gar keine Strafbarkeit vom Anfange an vorhanden ist, diese also auch nicht erst hinterher ausgeschlossen wird. Der andere ist der, wo bei vorhandener Strafbarkeit aus einem nicht in der Handlung liegenden, sondern aus einem ihr fremden Grunde die jetzige Strafbarkeit aufgehoben wird, wobei wiederum entweder gar keine Strafe zuerkannt oder die zuerkannte nicht vollzogen werden kann oder soll. Dort ist gar keine Strafbarkeit, hier ist eine solche, und was wegfällt, ist aus factischen oder rechtlichen

162) Meine Kritik des badischen Entwurfs S. 34 fg., des würtemb. Entwurfs S. 45 fg., des sächsischen Entwurfs S. 31 fg. Vergl. die Motive zu dem Vorschlage zu einem Strafgesetzbuche für das Königreich Norwegen S. 107 fg.

163) Nämlich entweder gar keine Handlung (s. die folgende Note) oder keine verbrecherische, keine gesetzwidrige und strafbare, mein Lehrbuch der Strafrechtsw. §. 100 fg.

Gründen die sonst verdiente Bestrafung. Die Fälle der letztern Art sind Ausnahmen und stehen passend am Ende; die der erstern Art gehören zu denen, welche bei Würdigung der That in Betracht kommen und haben hier ihre Stelle. Ein Strafgesetzbuch würde der Vorwurf einer doctrinalen Form nicht treffen, wenn es diesen wesentlichen Unterschied auch durch die gesonderte Behandlung ausdrückte, da dieses, wie ich bereits gezeigt habe ¹⁶⁴⁾, auch praktisch nicht gleichgiltig ist, so wenig wie die Forderung, daß bei den Begriffsbestimmungen, wo man solche für nöthig erachtet, jede Ungenauigkeit vermieden werde.

Wenn es nun §. 78. heißt: „Nur Demjenigen kann ein Verbrechen zugerechnet werden, welcher die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung einzusehen und sie ¹⁶⁵⁾ zu unterlassen im Stande war,“ so dringt sich sofort die Bemerkung auf, daß, sobald von einem Verbrechen gesprochen werden kann, die Zurechnung bereits entschieden sei, da ja eben dieses die Frage ist, ob die Handlung als Verbrechen betrachtet, d. h. eben zugerechnet oder ob überhaupt das Bewirken eines in der äußern Erscheinung dem Gesetze widersprechenden Erfolgs, einer Handlung sei. Durch die Ausdrücke „Verbrechen“ und „Handlung“ ist aber, was in Frage steht, schon beantwortet und daher die Definition in mehrfacher Hinsicht unrichtig.

Vorausgesetzt aber, der §. 78. enthalte den richtigen Grundsatz, so entsteht die Frage, ob es nicht bei den Regeln desselben sein Bewenden haben und die Anwen-

164) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissensch. §. 78. 79. 89. mit §. 100 fg. 164 fg. Uebereinstimmend sind Temme a. a. O. S. 124 fg. Schüler a. a. O. S. 77.

165) Dieselbe: nämlich „die Handlung,“ nicht, wie die Wortfassung auszulegen gestattet: „die Unrechtmäßigkeit.“ Die von Temme vorgeschlagene Emendation „oder“ Statt „und“ beseitigt nicht alle Zweifel, zu denen dieser §. 78., wie er im Entwurfe gefaßt ist, Anlaß bietet.

ung auf die besonderen darunter enthaltenen Fälle der Wissenschaft überlassen werden könne? Die Aufzählung in §. 79 fg. hat man Theils für entbehrlich gehalten, wenn sie nur nothwendige, sich von selbst verstehende Folgerungen ausdrücken sollte, was man allerdings nach der Fassung glauben muß: „Wegen Zurechnungsunfähigkeit zur Zeit der That sind daher den gesetzlichen Strafen ¹⁶⁶⁾

166) „Den gesetzlichen Strafen“ ist überflüssig, weil andere, als solche und in'sbesondere die in dem gegenwärtigen Gesetzbuche allgemein für zulässig erklärten und beziehungsweise auf die besonderen Verbrechen gesetzten gar nicht ausgesprochen werden dürfen. Sonst könnte man an eine andere, z. B. gelindere als die angedrohte Strafe denken, wozu Theils die Worte Nr. 1. „jedoch sind sie der Policei zu überweisen,“ berechtigen dürften, da hier doch, und zum Theil in Widerspruch mit der Prämisse, „wegen Zurechnungsunfähigkeit“ eine Strafbarkeit im Allgemeinen angenommen wird, Theils die Analogie von §. 112. Diefs darf aber nicht zugestanden werden und ist auch nicht der Sinn der vorliegenden Bestimmung. Dieser geht vielmehr dahin, daß überhaupt gar keine Strafe verwirkt und eine solche von dem Criminalgerichte nicht auszusprechen sei. Wenn die Zurechnung nicht Statt finde — diefs ist eine Frage, die ohnehin das Gesetz nicht entscheiden, welches vielmehr nur anerkennen und aussprechen kann, daß in Ermangelung derselben auch keine strafrechtlichen Folgen eintreten. Doch mag es näher im einzelnen Falle die Maßregeln angeben, die eintreten, wo zwar nicht jede Zurechnung, aber doch die criminale Imputation und damit die Strafbarkeit wegfällt. Ein solches Bedürfnis tritt bei Kindern ein, wenn das Gesetz, nicht, wie der Code pénal im besondern Falle (wo das sechzehnte Jahr nicht erreicht ist) eine Entscheidung verlangt, ob die That mit oder ohne discernement verübt und darnach (wenn auch in geringerem Grade) Strafbarkeit anzunehmen sei oder nicht, sondern wenn es gleichsam als Präsuntion, welche sich durch die Erfahrung rechtfertigt, aufstellt, Alle, die ein gewisses Lebensjahr noch nicht erreicht haben, seien im strafrechtlichen Sinne zurechnungslos, so daß ein Gegenbeweis, z. B. ubi malitia supplet aetatem, gar nicht Statt hat. In der That wird innerhalb dieses Normalalters, das der Entwurf mit dem vollendeten zwölften Jahre begrenzt, entweder jeder Zurechnungsfehler — quia aetas eorum, quid videat, ignorat, — oder es wird nur, bei deren Daseyn, doch nicht

nicht unterworfen etc.," indem hier, wie in einem Lehrbuche, Corollarien angegeben werden; — Theils für widersprechend, wenn dieses „daher" und die gesetzliche Aufzählung erschöpfend seyn solle, indem dann der Richter dadurch gebunden werde und nicht befugt seyn könne, auf mögliche andere Fälle der Zurechnungsunfähigkeit den weiter gehenden allgemeinen Grundsatz des §. 78. anzuwenden ¹⁶⁷⁾. Da indessen das Gesetzbuch nicht blofs Instruction für den Richter ist, so mag die Aufzählung, wie sie sich auch sonst findet, wohl gutgeheissen werden, nur mußte dem Zweifel begegnet seyn, ob sie nur beispielsweise die einzelnen Anwendungen gebe oder nicht. Dafs man das Erstere beabsichtigte, lehren die Motive zu dem frühern Entwurfe ¹⁶⁸⁾ und darum hielt man für angemessen, den allgemeinen Grundsatz auch ausdrücklich aufzustellen, indem die aus anderen Rücksichten für unerlässlich erachtete Aufnahme einzelner Gründe der Zurech-

die Reife angenommen werden dürfen, welche es gestattet und gebietet, dem Schuldigen die strafrechtliche Verantwortung aufzuerlegen. Damit rechtfertigt sich, was der Entwurf — nach einem Grundsatz, den das bisherige Recht und jede ältere und neuere Gesetzgebung anerkennt — als policeiliche Mafsregel wegen häuslicher Züchtigung oder anderer Zucht- oder Besserungsmittel vorschreibt. Es ist alsdann nur zu tadeln, dafs der §. 79. Nr. 1. Das, was nur in besonderen Fällen bedingt seyn kann, in vielen aber nothwendig ganz ausgeschlossen ist, zu einer allgemeinen Regel erhebt; wobei es wohl nicht eine Verletzung der Amtspflicht ist, wenn der Richter von der Bestimmung: „jedoch sind sie (die Kinder unter zwölf Jahren) der Policei zu überweisen, um — das Erforderliche anzuordnen," nicht in jedem Falle, sondern nur da Gebrauch macht, wo es vernünftiger Weise geschehen kann und darf. Zum Glücke sind die Veranlassungen nicht so häufig, wo namentlich ein amtliches Einschreiten wegen *delicta puerorum* bedingt ist. Dafs übrigens, wo Vormundschaft besteht, zweckmäfsig die Obervormundschaftsbehörde an die Stelle der Policei trete, hat Temme S. 139. erinnert.

¹⁶⁷⁾ S. die Note 141. angeführten Bemerkungen S. 97.

¹⁶⁸⁾ Temme a. a. O. S. 124.

nungslosigkeit nicht eine Beschränkung des gerechten Ermessens andeuten sollte.

Was nun die Bestimmung der Grenze nach einem gewissen Alter anlangt, so finden wir sowohl in den Gesetzgebungen, als den über die Entwürfe gepflogenen Verhandlungen sehr verschiedene Ansichten ausgesprochen: Einige wollen den Termin enger, Andere weiter bestimmt sehen. Ein anderes Princip kann hier, wo, wie bei jeder solchen Vestsetzung, die Seite der Willkür nicht ganz zu vermeiden ist, nicht angenommen werden, als dafs mit Rücksicht auf den allgemeinen Bildungsstand und die zum Theil durch klimatische Verhältnisse bedingte Entwicklung das Alter, wo, der Erfahrung zu Folge, der Regel nach die bei dierer Zurechnung vorauszusetzende Reife eintritt, zur Norm genommen und dafs bei der individualen Verschiedenheit, wo auch die Erziehung ihren Einfluß äußert, diese Norm nicht zu enge bestimmt werde. Hiernach wird sich die, auch als mildere den Vorzug verdienende Forderung rechtfertigen, nicht schon mit dem vollendeten zwölften, sondern erst dem vierzehnten Jahre, welches auch sonst ein Stufenjahr ist und den Uebertritt zu einem zu wählenden Geschäfte oder Gewerbe, in Verbindung mit der Aufnahme in die Gemeinschaft der Christen, zu bezeichnen pflegt, — die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit anzunehmen ¹⁶⁹⁾. Dafür spricht auch, was bisher die gemeine Ansicht in Deutschland war, und dafs auch für solche jugendliche Frevler die §. 79. Nr. 1. vorgeschriebenen Mafsregeln in den meisten Fällen mit grösserer Sicherheit zu dem hier besonders zu berücksichtigenden Ziele der Besserung führen werden, als eine criminale Strafe, wenn sie auch nach §. 113. passend modifi-

169) Vergl. die Denkschrift S. 11. zur zehnten Frage. Sehr beachtenswerthe Bemerkungen in dem angef. Gutachten des preuss. Provinziallandtags S. 128. und bei Temme a.a.O. S. 130 fg.

cirt wird. Es müßte dann aber auch in §. 112. der Termin um zwei Jahre hinausgerückt werden.

Was von Taubstummen Nr. 2. gesagt ist, versteht sich zwar auch, wie die Ausnahme, von selbst, wird aber einer Seits immer der gesetzlichen Anerkennung bedürfen, anderer Seits noch einer nähern concreten Prüfung unterliegen, da die durch Unterricht erlangte Fähigkeit der Einsicht in das Wesen des strafbaren Unrechts noch nicht die Ermittlung der im besondern Falle zur Frage kommenden Zurechnung entbehrlich macht. Man wird meistens eine verminderte Fähigkeit wenigstens mit dem Erfolge anzuerkennen haben, um, auch ohne Rücksicht auf das Alter, den §. 112. auf solche Unglückliche anzuwenden, was ausdrücklich bestimmt werden sollte.

Passend werden unter Nr. 3. die Formen der geistigen Krankheiten nur beispielsweise genannt. Der Wissenschaft, die hier noch nicht abgeschlossen hat, dürfen nicht Grenzen durch ausschließende technische Bezeichnungen gesetzt werden ¹⁷⁰). Die Frage, die nöthigen Falls durch Sachverständige erörtert wird, ist nicht, ob diese oder eine andere Krankheitsform vorhanden sei, an welche der Richter ein bestimmtes praktisches Ergebniss knüpfte, je nachdem das Gesetz ihn dazu ermächtigt, sondern ob die Zurechnung da war oder nicht; und der Sachverständige hat sein Urtheil wissenschaftlich zu begründen, wobei er sich auf eine solche Form bezieht. Das Gesetz bemerkt daher mit Recht: „oder durch einen andern Krankheitszustand“ und gibt dadurch zu erkennen, daß nicht bloß Seelenstörungen, Geistes- oder Gemüthskrankheiten hier zu verstehen seien, sondern auch körperliche,

¹⁷⁰) Mittermaier de principio imputationis alienationum mentis recte constituendo. Heid. 1838. und meine Bemerkungen in den kritischen Jahrbüchern für Rechtswissenschaft 1839, S. 800 fg. Breidenbach Commentar S. 497.

liche, die eine Rückwirkung auf den Geist, den Willen, das Begehrungsvermögen etc. haben, wie denn meist eine somatische Ursache oder Mitwirkung hier obwaltet. „Des Gebrauchs der Vernunft gänzlich beraubt“ ist eine zu weit ausgedehnte Forderung; es gibt auch einen partialen Mangel, der, namentlich rücksichtlich bestimmter Arten von Handlungen, die Zurechnung ausschließt. Auch wird man das Wort beraubt nicht so nehmen dürfen, daß dadurch solche Fälle ausgeschlossen werden, wo Individuen, auch im reifern Alter, überhaupt nicht zum Vernunftgebrauche gelangten, die derselbe also nicht erst hatte und dann verloren, — Jemand kann z. B. schon von Kindheit an blödsinnig seyn; ebenso wie es andere, wenn gleich seltene Gründe gibt, aus denen auch über das Nr. 1. und das §. 112 angegebene Alter hinaus ohne Geisteskrankheit ein Mangel der Einsicht etc. Statt finden kann, worüber der Entwurf schweigt¹⁷¹⁾. Hier kann nur das allgemeine Princip des §. 78. aushelfen.

Unter Nr. 4. werden genannt: „Diejenigen, welche sich im Zustande des Schlafes oder gänzlicher Schlaftrunkenheit oder einer andern Art von völliger Bewusstlosigkeit befanden.“ Hiergegen muß ich erinnern erstens, daß keineswegs nur die völlige Schlaftrunkenheit die Zurechnung ausschliesse, sondern auch der am Häufigsten vorkommende Fall einer theilweisen, bei dem Uebergange von Schlaf in Wachen oder umgekehrt¹⁷¹⁾, wie es denn schwer ist, hier eine Grenze zu bestimmen und jeden Falls sicherer nicht auf das Daseyn der völligen oder nicht völligen Schlaftrunkenheit die Untersuchung gerichtet wird, als vielmehr überhaupt auf den Zustand, dessen nähere Beurtheilung Statt finden soll. Zweitens — das Entscheidende ist nach dem Entwurfe selbst die Be-

171) Mein Lehrbuch §. 80. Nr. 1 a. E. Nr. 2. u. 5.

172) Feuerbach's Rechtsfälle Th. II. S. 667 fg.

wufstlosigkeit, wobei es auf die Art oder auf den Grund nicht ankommt, aufser in dem Falle, auf den sich §. 80. bezieht. Dieser stellt eine allgemein anerkannte Ausnahme auf, aber die Folge, die damit verbunden wird, ist nicht überall gerechtfertigt. „Hat sich jedoch der Thäter absichtlich durch Trunk oder sonst ¹⁷³⁾ in einen solchen Zustand ¹⁷⁴⁾ versetzt, um in demselben ein zuvor beschlossenes Verbrechen auszuführen, so ist ihm die That, so weit er sie vorher beschlossen hatte, als eine vorsätzliche zuzurechnen.“

Die Trunkenheit, die, wo sie die Zurechnung nicht ganz aufhebt, in früheren Gesetzen bald als Milderungsgrund, bald in entgegengesetzter Weise behandelt worden ist ¹⁷⁵⁾, verdient keine Begünstigung, wenn sie zu Verbrechen führt, vollends wo sie absichtlich herbeigeführt ist. Aber eine von ihrer Verwerflichkeit an sich verschiedene Frage ist die, wie eine von dem völlig und bis zur Bewusstlosigkeit Berauschten verübte That zuzurechnen sei. Man kann unter den in §. 80. aufgestellten Voraussetzungen jeden Falls eine mittelbare Zurechnung, zunächst zur Fahrlässigkeit annehmen, unter Umständen, die jedoch gewifs höchst selten sind, auch sogar zum Vorsatze ¹⁷⁶⁾. Letzteres wohl nur, wo der Rausch noch die Möglichkeit

173) „Oder auf andere Weise.“

174) d. h. doch wohl der Bewusstlosigkeit: der §. 79. Nr. 4., auf den das Wort „solchen“ zurückweist, könnte zu der Meinung führen, es gehöre hierher auch Schlaf und Schlaftrunkenheit. Diese herbeizuführen, liegt aufser der Berechnung des Handelnden, der sich durch Berauschen zwar bewusstlos, aber nicht schlaftrunken machen kann. Jener, der Schlaf, wird kaum ein Mittel seyn, ein zuvor beschlossenes Verbrechen auszuführen. Hier ist deutlichere Fassung nothwendig.

175) Meine Geschichte der preufs. Strafgesetzgebung S. 130.

176) Mein Lehrbuch §. 80. Nr. 3. §. 153. Nr. 2.

bestehen läßt, daß der Thäter sich seines Vorsatzes erinnere und ihn jetzt ausführe. Dieß steht aber mit der völligen Bewußtlosigkeit im Widerspruche. Ich zweifle, ob die Praxis auch nur einen Fall aufzuweisen habe, wo bei völliger Bewußtlosigkeit ein zuvor beschlossenes Verbrechen so, wie es beschlossen wurde, ausgeführt und gerechter Weise als vorsätzliches geahndet worden sei. Immer werden es, selbst bei den in solcher Weise bewirkten Verletzungen, Theils mehr Zustände seyn, wo die Bewußtlosigkeit nicht völlig eintrat, Theils nur Handlungen gewisser Art, z. B. die sich durch Gewaltthatigkeiten äußern. Wohl ist das sich Berauschen in der verbrecherischen Absicht eine Handlung, die, an sich unrecht, von dem Thäter eben so verantwortet werden muß, als er deren gekannte und gewollte Folgen zu übernehmen hat; aber was eben Folge sei (wozu Mehr gehört, als ein der Zeit nach folgendes Ergebniss), wie weit diese selbst mit zur Handlung zu rechnen sei, deren Grund das Wissen und Wollen ist, dieß ist eine Frage, die in jedem besondern Falle zu erörtern ist. Die hier §. 80. aufgestellte Bestimmung enthält eine nicht zu rechtfertigende Vermuthung des bösen Vorsatzes und steht mit §. 51. im Widerspruche. Einigermassen wird dieß jedoch, mit Ausschluss des Falles von §. 80., modificirt durch §. 81., welcher den Richter anweist, nach den Umständen zu entscheiden, ob das Verbrechen als fahrlässiges zugerechnet werden könne, wenn zwar der Thäter sich den bewußtlosen Zustand selbst zugezogen, aber dabei nicht jene Absicht gehabt hat ¹⁷⁷). Der Gegensatz zu der culpa soll hier nicht der dolus, sondern die Ausschließung jeder Zurechnung seyn. Es ist denkbar, daß Jemand, um ein Verbrechen bestimmter

¹⁷⁷) Hier und §. 80. werden Absicht und Vorsatz richtig unterschieden.

Art zu begehen, sich in den Zustand versetze, von dem er (vielleicht aus Erfahrung, die er an sich gemacht hat) weiß, er werde ihn weniger, als der nüchterne der Besinnung, abhalten, seiner rohen Natur und gewaltsamen Trieben Widerstand zu leisten: — es ist möglich, daß das vorher beschlossene Verbrechen — auch auf entsprechende Art ausgeführt werde, und dennoch wird bei Dem, was in diesem Zustande (sei es der einer völligen Bewußtlosigkeit oder einer Trübung des Bewußtseyns) geschehen ist, nicht unbedingt ein nothwendiger Zusammenhang mit dem im freien Zustande gefassten Entschlusse anzunehmen seyn. Es kann etwas Anderes dazwischen treten, und man wird, wenn auch nicht stets die Zurechnung ganz auszuschließen ist, doch nicht eine so allgemeine Bestimmung gut heißen können ¹⁷⁸).

Hier endigt eine in sich geschlossene Kategorie von Gründen der Ausschließung der Zurechnung. Was §. 81. ohne neue Rubrik angibt, ist richtig, aber gehört einem andern Gesichtspuncte an. Auch wird hier die Zurechnung nicht ausgeschlossen, sondern dem Zurechnungsfähigen, Handelnden, Das nicht zur Strafbarkeit, oder nicht zur erhöhten, in Anrechnung gebracht, was er nicht wußte. Es soll, wenn die Strafbarkeit einer Handlung durch besondere, dem Thäter nicht bekannte Thatumstände bedingt ist, oder wenn davon die erhöhte Strafbarkeit abhängt, die Zurechnung nicht zum Vorsatze oder nicht zur höhern Strafe Statt finden. Es kann also nach Umständen und wo die Uebertretung auch als culpose möglich ist, doch Zurechnung und Strafe überhaupt eintreten. Man hat geta-

178) Man hat bei dieser Gelegenheit auch des *Affectes* gedacht. Dieser aber, der als eigenthümliche psychologische Erscheinung zu würdigen ist, kann zwar, wenn er im höchsten Grade vorhanden ist, die Zurechnung aufheben, aber nicht aus dem Grunde der Bewußtlosigkeit, die weder eine Folge desselben, noch mit ihm identisch ist. Mein Lehrbuch a. a. O.

delt, daß in den wenigen Zeilen vier Mal das Wort *Thatumstände* vorkomme. Eine kürzere Fassung kann unbeschadet der Deutlichkeit Statt finden: doch ist dieß hier etwas Untergeordnetes. Eher ist zu mißbilligen, daß es am Ende heißt: „dem können diese Thatumstände nicht zugerechnet werden“ (oben heißt es besser: so kann diese Handlung — zugerechnet werden). Die Zurechnung geht nicht auf Thatfachen und Umstände, sondern auf die Handlung, und dabei kommen jene nur mittelbar in Betracht.

Mit den bisher gedachten Fällen also, zu denen schon §. 82. nicht ganz gehört, ist eine Kategorie abgeschlossen, nämlich wo die Strafbarkeit wegen einer mangelnden geistigen Entwicklung oder des Verlustes der geistigen Kräfte etc. gar nicht vorhanden ist. Es beginnt nun eine andere mit §. 83., der aber, da auch hier die Rubrik fehlt, wie es scheint, noch zur vorigen gerechnet werden soll. Diese Weise der Zusammenstellung und Sonderung vermag ich nicht zu billigen. Die Fälle, die jetzt erwähnt werden, §. 83. Gewalt oder Drohungen, §. 84 fg. Nothwehr, §. 91. dringendste Noth, §. 92. Befehl zur That, schließen die Strafbarkeit in der Regel aus, aber nicht die Zurechnung an sich und zur Handlung. Wer in Nothwehr den Angreifer verletzt, wer, wo er glaubt gehorchen zu müssen, dem Befehle zur That Folge leistet, der ist deshalb nicht handlungsunfähig, nicht bewußtlos, geisteskrank etc., er weiß, was er thut, und der Grund, weshalb er straflos bleibt, ist nicht Mangel der Zurechnungsfähigkeit, sondern weil seine, im Uebrigen alle Eigenschaften der Handlung bekundende Benehmensweise durch die besonderen Umstände den Charakter der Rechtswidrigkeit nicht hat, daß sie also bei ihm nicht die, das Wesen der verbrecherischen Schuld begründende Entgegensetzung seines besondern Willens gegen ein anzuerkennendes objectives Recht an sich hat. Will man den Unter-

schied gelten lassen, den man gewöhnlich annimmt, so kann man sagen, es ist Zurechnung zur Handlung, aber nicht zur strafbaren, nicht zur Strafe vorhanden. Diesen Unterschied scheint der Entwurf anzuerkennen, indem die Rubrik „Nothwehr“ zu §. 84. einen Gegensatz zu §. 79. „Mangel der Zurechnungsfähigkeit“ bildet und in sofern mit Recht §. 84. gesagt wird: „Die im Zustande ¹⁷⁹⁾ rechter Nothwehr begangenen Handlungen sind straflos“ nicht etwa — sie würden nicht zugerechnet. Es ist daher ein ungegründeter Tadel, den man gegen den Entwurf ausgesprochen hat und der durch die Behauptung unterstützt werden soll, „Nothwehr, dringendste Noth, Befehl seien ganz in derselben Weise, wie die Kindheit, Taubstummheit, Wahnsinn etc., Fälle des Mangels an Zurechnungsfähigkeit. Sie heben nicht mehr und nicht minder die Freiheit des Willens auf, worauf es gerade ankommt“ ¹⁸⁰⁾. Das Kind hat nicht *rei intellectum*, der Bewusstlose etc. handelt überhaupt nicht, der Geisteskranke entbehrt entweder der Einsicht in die Folgen seines Benehmens oder in deren Verhältniß zu dem Gesetze und zu der Pflicht etc. Aber wer sich der Nothwehr bedient, wird, selbst wenn er in erklärliche Aufregung und Affect versetzt ist, doch nicht bewusstlos, er weiß, was er thut, und gerade dafs dieses der Fall ist, begründet auf der einen Seite die Straflosigkeit der in dem Stande der Vertheidigung verübten Verletzungen, auf der andern die Verantwortlichkeit bei Ueberschreitung der gehörigen Grenzen, deren Beobachtung gefordert wird (§. 87.) ¹⁸¹⁾.

179) Ueber diesen Ausdruck s. weiter unten.

180) Temme a. a. O. S. 125.

181) Auch §. 84., wie die ganze Definition der Nothwehr ergibt. „Wenn Jemand auf den — Schutz der Obrigkeit nicht rechnen kann und ihm — kein anderes Mittel zu Gebote steht, den ihm drohenden Schaden abzuwenden.“ Also wird Berechnung, Erwägung gefordert.

Was ihm zu Statten kommt, ist nicht Mangel der Zurechnungsfähigkeit, sondern dafs hier, wie bemerkt, keine Rechtsverletzung und keine diese wollende Willensrichtung besteht. Diefs ist allerdings auch dort, aber aus ganz anderen Gründen der Fall.

Ich mufs nach dieser Betrachtung über das System zu dem §. 83. zurückkehren. Wie derselbe lautet:

„In wiefern Gewalt oder Drohungen, durch welche der Thäter zu der Handlung bestimmt worden ist, dessen Zurechnungsfähigkeit aufhebe, hat der Richter nach den Umständen und mit Rücksicht auf die Gemüths- und Leibesbeschaffenheit des Thäters zu ermessen,“

könnte es scheinen, er gehöre noch in die erste Kategorie, in sofern die Zurechnungsfähigkeit hinwegfalle, etwa weil die Gewalt oder Drohung den solchergestalt Genöthigten in einen Zustand versetze, wo er einem Bewusstlosen oder Geisteskranken gleich zu achten sei. Dafs diefs der Sinn seyn solle — wie auch von Mehrern diese Bestimmung verstanden wird — könnte aus den Worten des Gesetzes geschlossen werden, — wobei nur mit Recht nicht schon für sich die Aufhebung der Zurechnung angenommen, sondern die Beurtheilung in jedem Falle vorbehalten wird. Zu erinnern wäre dann nur gegen die Fassung, dafs, wo die Rede seyn kann von „Bestimmt werden zu der Handlung,“ also einem zu fassenden Entschlusse, die Zurechnung nicht aufgehoben sei. In der That entschliesst sich der Handelnde bei der Collision, in die er hier versetzt ist, zu der Wahl des kleinern Uebels, und es heifst auch hier: *quamvis si liberum fuisset, noluissem, tamen coactus volui* 182). Ferner, wenn die Gemüthsbeschaffenheit den Mafsstab für

Dafs die Definition sonst mangelhaft sei, gehört einer andern Seite der Betrachtung an.

182) L. 21. §. 5. D. quod metus causa.

das richterliche Ermessen abgeben soll, so ist es ja eben dieser, der in Frage gestellt ist. Nun läßt sich zwar nicht leugnen, daß namentlich die durch Drohungen erregte Furcht, zumal wenn jene nicht gerade nur eine andere Form der Gewaltthätigkeit sind, auch einen Zustand hervorbringen können, wodurch dieser Fall unter die erste Kategorie (§. 79.) zu ziehen wäre und in dieser Hinsicht dürfte auch der Vorschlag Beachtung verdienen, ihn dort zu erwähnen ¹⁸³⁾, nur müßte dieß anders ausgedrückt werden. Aber dieß tritt nicht immer ein: vielmehr ist hierunter auch der Fall zu verstehen, wo die körperliche oder geistige Nöthigung sich nur als Zwang bei der Wahl zwischen mehrern Uebeln — äußert. Dieß ist ein Unrecht, eine solche Collision herbeizuführen, wobei der Grund der etwaigen Strafflosigkeit des Gezwungenen nicht in dem Mangel der Zurechnung in der ersten Bedeutung zu suchen ist. Wäre die Gewalt eine solche, daß der Genöthigte überhaupt gar keinen Willen hat, sondern mechanisch folgen muß, so kann von Handlung und Bestimmung zu solcher überhaupt nicht gesprochen werden. Aus Allem ergibt sich die Nothwendigkeit einer verbesserten Fassung des §. 83., wenn er überhaupt an dieser Stelle beibehalten werden soll.

Die Lehre von der Nothwehr ist mit unnöthiger Ausführlichkeit behandelt, da meist nur unmittelbare Folgerungen aus dem Begriffe, nicht besondere strafrechtliche Bestimmungen aufgestellt sind. Wir betrachten dieselben, wie sie vorliegen. Der §. 84. beginnt:

„Die im Zustande rechter Nothwehr begangenen Handlungen sind straflos.“ Die Nothwehr ist aber kein Zustand, sondern ein thätiges Verhalten zur Vertheidigung gegen einen widerrechtlichen Angriff. Ferner können nicht alle in diesem Stande (nämlich dem durch

183) Temme a. a. O. S. 150.

den Angreifer herbeigeführten Nothstande) begangenen Handlungen straflos seyn, sondern nur die, welche wirklich zur Abwehr, innerhalb der durch den Zweck gebotenen rechtlichen Grenzen, vorgenommen sind. Begangen würde schon den Begriff des Verbrechens bezeichnen, der hier ja ausgeschlossen seyn seyn soll. Man kann einwenden, jenes angedeutete Missverständniß, als seien auch andere Handlungen gemeint, werde entfernt durch die Worte „rechte Nothwehr,” welche besagen, Theils daß die Handlungen eine unmittelbare Beziehung auf „die Wehr,” die Vertheidigung, deren Grundlage und Voraussetzung die „Noth” ist, haben, Theils daß dabei das gehörige Maß und die Grenzen beobachtet seyn müssen. Aber dann ergibt sich auch die Ueberflüssigkeit dieser, doch immer nicht mit erforderlicher Schärfe gefassten, Bestimmung, sowie die des §. 87., da ja, was rechte Nothwehr sei, vorausgesetzt wird. Die nun folgende Definition gibt aber nur an, was die Bedingung der Nothwehr, nicht, wie sie in der Ausübung eine rechte sei. Es ist nöthig, die Worte des Entwurfs mitzutheilen, die so viele Bedenken veranlassen.

Der §. 84. lautet weiter:

„Rechte Nothwehr ist vorhanden, wenn Jemand bei einem rechtswidrigen Angriffe gegen seine Person, Ehre oder Vermögen auf den augenblicklich nöthigen Schutz der Obrigkeit mit Gewissheit nicht rechnen kann und ihm außer der gewaltsamen Selbstvertheidigung kein anderes sicheres Mittel zu Gebote steht, den ihm drohenden Schaden abzuwenden” ¹⁸⁴).

Hiefse es: „Nothstand ist vorhanden, wenn etc.” so liefse sich weniger einwenden. Was aber hier gesagt ist, bezeichnet nur den Zustand, in welchem Noth-

¹⁸⁴) Die C. C. C. Art. 139 fg. hat auch hier den Vergleich nicht zu scheuen.

wehr geübt werden kann, nicht diese selbst, von der nicht die Rede ist. Denn daraus, daß der Angegriffene kein anderes sicheres Mittel hat, den Schaden abzuwenden, außer der gewaltsamen Selbstvertheidigung, folgt nicht, daß er sich dieser letztern bediene: ergibt er sich in die Noth und wehrt er sich nicht, so findet keine Nothwehr Statt, obschon man nach jener Definition solche annehmen müßte. Es fehlt die wesentliche Bestimmung, daß er wirklich sich der Selbstvertheidigung bediene. Das Praktische ist, daß er in dieser den Gegner verletze, — dieß im weitesten Sinne genommen, — und daß diese Verletzung straflos sei. Dieß müßte gleich mit bestimmt und so könnte eine weit kürzere Fassung erreicht werden, indem zugleich der Inhalt des §. 86. mit dem des §. 84. verbunden würde. Dieser letztere steht, obschon der Sinn unzweifelhaft und der Grundsatz richtig ist, mit dem erstern im Widerspruche ¹⁸⁵⁾, woran die Fassung beider Schuld ist. „Nicht nur der Angegriffene selbst, sondern auch ein Jeder, der denselben vertheidigt oder ihm Beistand leistet, hat das Recht der Nothwehr.“ Hiefse es, wie §. 84. oder 86., daß auch zur Vertheidigung Anderer die Nothwehr Statt finde, so wäre die Sache klar. Nun wird der Fall umgekehrt und die Person des Andern im Gegensatze zu dem Angegriffenen zum Mittelpuncte gemacht. Aber auf diese paßt Alles das nicht, was §. 84. von dem „Rechnen mit Gewissheit“ und „sichern Mittel“ und der „Abwendung des Schadens durch Selbstvertheidigung“ verordnet.

Daß der Angriff ein unmittelbarer seyn müsse, ist nicht gesagt und indem schlechthin von Angriffen auf Person, Ehre oder Vermögen die Rede ist, möchte man zu einem Ergebnisse gelangen, welches die Nothwehr über Gebühr ausdehnte, zumal da von Abwendung des Schadens

185) Wie auch Schüler a. a. O. S. 83. richtig erinnert hat.

gesprochen wird, — ein Begriff, der eben so weit ist, wie der des Vermögens, von dem hier gewiss nur solche Bestandtheile in Betracht kommen, auf welche ein unmittelbarer Angriff im Sinne gegenwärtiger physischer Gewalt möglich ist. Man kann indessen zugeben, daß die Worte „augenblicklich nöthiger Schutz der Obrigkeit“ jenen Mangel ergänzen. Daß kein anderes sicheres Mittel zu Gebote stehe, kann eben so wenig unbedingt gefordert, als etwa der Umstand gegen die Rechtmäßigkeit der Nothwehr geltend gemacht werden, es sei — was sich vielleicht bei der spätern Untersuchung ergibt — wirklich ein anderes sicheres Mittel — etwa die Flucht — (worüber so Viel gestritten worden ist) vorhanden gewesen. Dem Angegriffenen kann, zumal in einer Lage, wo keine Zeit zu verlieren ist und wo die sonst zur Erwägung der besten und sichersten Mittel erforderliche Ruhe und Besonnenheit meist fehlt (wenn auch deshalb noch keine Zurechnungslosigkeit eintritt), doch nicht zugemuthet werden, hier auf die Vertheidigung zu verzichten, wo diese durch die Umstände hervorgerufen und geboten ist. Auch die Nothwehr verliert ihre sonstige Rechtfertigung nicht, wenn der Erfolg zeigt, daß sie selbst nicht das sichere Mittel war, wenn der sich oder einen Andern gewaltsam Vertheidigende, unerachtet er den Gegner verletzte, doch unterlag, oder den Zweck der Vertheidigung nicht zu erreichen vermochte.

Daß übrigens die Nothwehr nicht bloß zur Vertheidigung von Leib und Leben, sondern auch des Vermögens (Gutes) und, so weit es möglich ist, selbst der Ehre gestattet werde, läßt sich billigen. Auch mag es gut heißen werden, wenn §. 85. die Vertheidigung nicht nur „zur Abwendung eines unzweideutig angedrohten oder auch schon begonnenen Angriffs ¹⁸⁶⁾“, sondern selbst zur Wie-

186) Die beiden ersten Sätze sollten in umgekehrter Folge stehen. Daß durch den begonnenen Angriff die Vertheidigung gerecht-

dererlangung von Sachen, deren sich der Angreifende schon bemächtigt hatte," zuläfst. Nur kann man diefs nicht mehr eigentliche Nothwehr nennen: es ist vielmehr erlaubte Selbsthilfe, die von jener, von der Vertheidigung verschieden, ihre Rechtfertigung nur ausnahmsweise findet und wobei man annehmen mufs, — obgleich es die Worte des §. 85. nicht sagen, — dafs, wie in anderen neuen Gesetzbüchern vorausgesetzt werde, es geschehe diefs unmittelbar nach dem Angriffe oder indem der Frevler auf der That (z. B. dem Diebstahle) betroffen und sofort verfolgt werde. Geschieht diefs nicht augenblicklich, so ist diese Selbsthilfe weder bedingt noch erlaubt und fällt unter den §. 191. Nr. 2., wo sie zwar auch für den hier angegebenen Fall gestattet wird, jedoch am Schlusse mit Recht andere Bedingungen ihrer rechtmässigen Anwendung vorgeschrieben werden, als bei der Nothwehr.

Die §§. 88. 89. stellen Folgerungen aus allgemeinen Grundsätzen auf. Die in s. g. Excefs der Nothwehr zugefügten Verletzungen können zum Vorsatze oder zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden, wenn nicht die Umstände des besondern Falles, auf die es überall ankommt, ergeben, dafs eine Ueberschreitung der Grenzen gar nicht zugerechnet werden könne. Diefs liegt schon in §. 51. 78 fg. Sollen aber die Worte „aus Bestürzung, Schreck oder Furcht" entweder eine Beschränkung ausdrücken, wonach, was hier gilt, sonst nicht Statt fände, oder sollen sie andeuten, dafs wenn eine Ueberschreitung ihren Grund in einem dieser drei Zustände habe, alsdann unbedingt die

fertigt werde, versteht sich von selbst, und ist das erste. Dafs schon eine Drohung dazu berechtere, dem wirklichen Angriffe zuvorzukommen, könnte wenigstens zweifelhaft seyn, liegt aber als notwendige Folgerung in dem Begriffe einer abzuwendenden augenblicklichen Gefahr (nicht erst eines Schadens) und wird schon C. C. C. Art. 140. anerkannt. Im Entwurfe bekommt das Ganze durch die Stellung eine unrichtige Begründung.

Zurechnung wegfallen, — so ist das Eine wie das Andere dem Rechte und der Wahrheit entgegen. Ohne Zweifel wollte der Entwurf aber hier nichts Abweichendes von den allgemeinen Grundsätzen bestimmen. Will man diese §§. beibehalten, so müssen sie anders redigirt werden. Auch wird wohl die stets aufgeregte Gemüthsstimmung des in der Nothwehr Begriffenen, selbst wo ihm *dolus* oder *culpa* bei dem Excess zur Last fällt, bei der Strafzumessung nicht außer Betracht bleiben dürfen, wie denn in'sbesondere, wenn wirklich *dolus* anzunehmen ist, doch regelmässig dieser nur als *impetus* im Gegensatze des *propositum* hervortreten wird.

Die Vorschrift des §. 90.: „Wer in Nothwehr einen Andern ¹⁸⁷⁾ getödtet oder erheblich verwundet hat, ist bei Vermeidung einer Geldbusse bis zu zweihundert Thalern oder einer Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten verpflichtet, den Vorfall ungesäumt, sobald er hiezu im Stande ist, der Obrigkeit ¹⁸⁸⁾ anzuzeigen“ — welche in ähnlicher Weise in anderen Gesetzgebungen vorkommt, verdient volle Beistimmung. In'sbesondere muß sie gegen die beantragte Aenderung in Schutz genommen werden, wonach die Geldbusse hier ausgeschlossen werden soll. Man hat sich dazu durch die Betrachtung veranlaßt gefunden, daß die Straflosigkeit der Verletzung im Nothstande doch im Verhält-

187) Darunter muß nicht nur der Angreifer, sondern überhaupt Jeder verstanden werden, der bei Ausübung der gerechten Nothwehr verletzt wurde, obgleich eine Bestimmung, wie die der P. G. O. Art. 145. (Bamb. H. G. O. Art. 171.), im Entwurfe fehlt, aber, da sie aus allgemeinen Grundsätzen folgt, nicht nöthig ist.

188) Man hat Statt dieses Ausdrucks vorgeschlagen: „bei der Ortspoliceibehörde.“ Diese wird allerdings meist leichter erreicht werden können, als die Justiz- und in'sbesondere die Criminalbehörden, wenn letztere unter Obrigkeit verstanden werden sollten — und dann das Erforderliche veranlassen. Aber der allgemeine Ausdruck „Obrigkeit“ schließt wohl die Policeibehörde nicht aus.

nisse zu der sonst herrschenden Rechtsordnung eine nicht auszudehnende Ausnahme sei und dafs, nachdem die gewaltsame Selbstvertheidigung ihren Zweck erfüllt habe, nun jeden Falls die allgemeine Menschenpflicht selbst gegen den Feind nicht bei Seite gesetzt, also auch das Nöthige zu dessen Rettung veranlafst werden solle. Das wird Niemand bestreiten. Aber diefs ist ein Gebot der Liebe ¹⁸⁹⁾, welches nicht durch Strafen unterstützt werden darf, und kann um so weniger der Grund des Gesetzes seyn, als es bei dem hier mit erwähnten Falle der Tödtung gar nicht pafst. Vielmehr ist der Grund des Gesetzes der, dafs durch eine baldige Anzeige des Vorfalles — sofern sie möglich ist (und schon diese unerläfsliche Bedingung zeigt, dafs die Rücksicht auf die Hilfe für den Verletzten wenigstens nicht die erste und wichtigste sei) ¹⁹⁰⁾ — der Beweis oder die Bescheinigung wirklicher Nothwehr geliefert und dadurch auch solche Mafsregeln des Gesetzes vermieden werden, wobei möglicher Weise ein Unschuldiger in Verdacht gerathen und gefährdet werden könnte. Man denke, ein Reisender sei Nachts angefallen worden, habe den Angreifer erschossen und seine Reise fortgesetzt. Am Morgen wird der Leichnam gefunden und nun eine Untersuchung eingeleitet, wobei man Indicien, die leicht auch auf einen Andern als muthmafslichen Thäter führen können, verfolgt, während keine Spur der wahren Beschaffenheit der Sache sich ergibt. Mit Recht hat der Entwurf auf der einen Seite an die Unterlassung solcher Anzeige nicht die Ver-

189) Evangelium Matthäi V. 44.

190) Es wird in der Regel, um einen Verletzten Behufs der Sorge für dessen Rettung unterzubringen, leichter seyn, am nächsten Orte bei den Einwohnern Hilfe zu erlangen, als erst die Behörde auszumitteln und anzugehen, die wohl ihren Sitz an einem entfernten Orte hat. Diese Rettung ist selbst durch einen Nothfall bedingt, für den sich besondere Bestimmungen im Voraus nicht aufstellen lassen.

nuthung eines Mangels der Voraussetzungen der Nothwehr geknüpft, auf der andern bei der Strafbestimmung berücksichtigt, daß hier — wo es sich um Erfüllung einer Pflicht handelt, die leicht aus Bestürzung, Unkenntniß und wohl meist ohne böse Absicht unterbleibt — unter Umständen eine Geldbusse völlig ausreichend sei. In allen Fällen eine Gefängnisstrafe zu erkennen, die bis zu drei Monaten steigen kann, würde eine nicht gerechtfertigte Härte enthalten, z. B. gegen fremde Reisende (und solche sind wohl die am Ehesten einem räuberischen Ueberfalle Ausgesetzten), denen durch eine längere Freiheitsentziehung, die sie außer Stand setzt, ihren erlaubten Zweck zu verfolgen, ein Nachtheil zugefügt werden könnte, der eben so schwer gut zu machen, als unverdient und außer Verhältniß zu der Verschuldung wäre. Schon in der gerechten Nothwehr und deren unmittelbaren Folgen ist für Den, der sich ihrer so bedienen mußte, ein Unglück enthalten. Es ist billig dem Richter hier nach den Umständen die Wahl der Strafart anheimgestellt und zu hoffen, daß diese durch richtige Würdigung der Sache bedingte Vorschrift nicht abgeändert werde.

Auch außer dem Falle der Nothwehr begründet dringendste Noth oder Gefahr die Strafflosigkeit der Handlungen, welche zur eignen oder eines andern Menschen Rettung begangen sind (§. 91.), wobei die näheren Bedingungen und eine Anzeige wie in §. 90. vorgeschrieben sind. Diese Bestimmung, wobei Einiges an der Fassung auszusetzen ist ¹⁹¹⁾, erscheint gerechtfertigt. Aber sie stünde besser gleich hinter §. 83., dem sie sich nach einer Seite hin einfach anschließt, während auf der andern Seite der Nothstand, die dringende gegenwärtige, eine ausnahmsweise erlaubte Selbstvertheidigung rechtfertigende Gefahr die gemeinsame Voraussetzung ist, der zu

191) Temme a. a. O. S. 163.

Folge das Recht des Andern in diesem Collisionsfalle nicht den Anspruch auf unbedingte Anerkennung zu machen hat und das eigne Recht der Existenz sich behaupten darf. Dieser Nothstand kann durch Naturereignisse, z. B. See- oder Feuersgefahr oder durch die unrechtliche Handlung Anderer herbeigeführt seyn, so daß die Nothwehr nur eine Anwendung des allgemeinen Principis ist und daher, wie ich glaube, zweckmäßiger nach dieser ihre Stelle erhält ¹⁹²).)

Mit der Rubrik: „Ausschließung der Strafbarkeit“ stimmt der Satz, womit §. 92. beginnt, nicht zusammen: „Die Strafbarkeit des Verbrechens wird dadurch nicht aufgehoben, daß es in Folge eines Befehls begangen ist“ — zumal da als Unterabtheilung obiger Rubrik hier am Rande steht: „Befehl zur Verübung der That.“ Indefs ist der Satz richtig. Wenn es ein Verbrechen ist, — so ist es strafbar. Aber eben dieß ist die Frage, ob der Gehorsam gegen einen Befehl Verbrechen sei. Die Fortsetzung des §. 92. enthält nun erst eigentlich Das, wovon hier die Rede seyn soll, — nämlich die Ausnahme, wo der Untergebene nur gehorchen muß und ihm eine selbstständige Prüfung der Rechtmäßigkeit des Befehls nicht zukommt. Würde ihm ein „Verbrechen“ befohlen, so wäre die Sache außer Zweifel und es bedürfte gar nicht der Erinnerung, daß, da es hierzu keine Pflicht des Gehorsams gibt, auch keine Befreiung von Verantwortlichkeit eintrete. Was befohlen wird, ist eine Handlung, die in Betreff des Vorgesetzten eine andere Eigenschaft hat, als des Untergebenen. Ich habe diesen Gegenstand

192) Mein Lehrbuch §. 107—109. Uebereinstimmend ist Schüler a. a. O. S. 81. Vergl. noch überhaupt: meine Kritik des würtemb. Entwurfs S. 47 fg., des norweg'schen S. 56., des sächsischen S. 31 fg.

stand an anderen Orten ausführlicher behandelt und erlaube mir, darauf zu verweisen ¹⁹³).

Den bisher betrachteten Fällen tritt nun die Reihe derer zur Seite, wo die Handlung Verbrechen und strafbar ist, aber aus besonderen Gründen die an sich verwirkte Strafe wegfällt. Dahin gehört kaum der der erlittenen Strafe, denn es versteht sich von selbst, daß dadurch der Gerechtigkeit Genugthuung geleistet und nicht in's Unendliche fort auf's Neue die gesühnte Uebelthat zur Untersuchung gezogen werden könne. Wenn diesen Fall der Entwurf §. 93. nicht nennt und nicht meint, so würde dieß nicht zu tadeln seyn. Wenn er aber nicht bloß ihn andeutet, um daran gewisse für nothwendig erachtete Ausnahmen zu knüpfen, bei Verbrechen, die im Auslande abgeurtheilt sind, §. 94. 96., oder wo im Inlande ein Uebersehen Dessen Statt fand, was §. 33. 35. in Betreff des Verlustes der Ehrenrechte etc. verordnet ist, §. 95., — so ist Folgendes in'sbesondere zu §. 93. 94. zu erinnern.

„Ist wegen eines Verbrechens rechtskräftig erkannt worden, so findet gegen denselben Angeschuldigten wegen eben dieses Verbrechens eine Untersuchung nicht ferner Statt“ (§. 93.).

Zunächst paßt dieß in sofern nicht zu der Rubrik: „Aufhebung der Strafbarkeit,“ als, wenn das rechtskräftige Erkenntniß auf Strafe lautet, die Strafbarkeit recht eigentlich anerkannt und nicht aufgehoben, sondern nur das Urtheil vollzogen wird, wenn nicht ein anderes Hinderniß eintritt. Wenn ferner rechtliche Freisprechung erfolgt, so bleibt zwar der Satz richtig, der sich hier nicht auf die Tilgung des Verbrechens durch erlittene Strafe

¹⁹³) Meine Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft S. 90 fg. Mein Lehrbuch §. 105. Ueber dieses und Anderes, was zu erinnern wäre, vergl. noch Temme a. a. O. S. 164.

bezieht, sondern darauf, daß ein Verbrechen, eine strafbare Handlung, nicht gefunden worden ist; — dann darf der hier zwei Mal vorkommende Ausdruck: „Verbrechen“ nicht gebraucht werden. Es sollte heißen: Anschuldigung. Jeden Falls bezeichnet jetzt die Rubrik: „richterliches Erkenntniß“ nur die Freisprechung¹⁹⁴⁾.

Was die §. 94 fg. angeordneten Ausnahmen einer nachträglich zulässigen Untersuchung und Bestrafung, in'sbesondere im Verhältnisse zum Auslande, betrifft, so erscheinen diese, hauptsächlich wegen gewisser, im Inlande eintretender Folgen, die ein auswärtiges Urtheil nicht berücksichtigen kann, allerdings unter Umständen gerechtfertigt, aber sie sind doch immer sehr zu beschränken und im Allgemeinen muß man sich gegen sie erklären. Der Vorbehalt, daß vor Einleitung des nachträglichen Verfahrens in allen Fällen der §§. 93—96. bei dem Justizminister angefragt werden müsse (§. 97.), beruht ohne Zweifel auf der Anerkennung, daß hier eine nur aus besonderen Gründen zu gestattende Ausnahme vorliege und mag sich in sofern rechtfertigen, obschon in anderer Hinsicht Bestimmungen dieser Art etwas Bedenkliches haben. Sie sind aber durch unsere Verhältnisse der Justizoberaufsicht theilweise bedingt und vielleicht wäre ein Mißbrauch eher zu fürchten, wenn die Gerichte befugt wären, sofort die §§. 94 fg. in Anwendung zu bringen, wo z. B. die auswärtige Strafe zu gelind erscheint, — was eine im einzelnen Falle oft sehr schwierige Beurtheilung erfordert, bei der es nicht bloß auf das Strafmaß überhaupt, sondern auch auf die Art der Strafanstalten, auf die Grundsätze des Verfahrens, des Beweises und auf eine Reihe von Rücksichten ankommt, die — in der Gerechtigkeit gegründet — hier eine sehr sorgfältige Prüfung nothwendig

194) Vergl. Schüler a. a. O. S. 85 fg.

machen und nur selten bei selbst anscheinend zu geringer Bestrafung im Auslande eine nachträgliche Untersuchung Behufs der Ergänzung rechtfertigen dürften. Ich beziehe mich über diesen Punct gleichfalls auf meine sonstigen Ausführungen ¹⁹⁵).

Unter den rechtlichen Gründen des Wegfalls der Strafe (oder eines Theils derselben) wird der Begnadigung nicht gedacht. Man kann dieß nicht tadeln, da es nicht unter den Gesichtspunct Dessen gehört, was der Richter von Rechtswegen zu thun hat, auch mag davon in der Proceßordnung gehandelt werden, wiewohl, wenn man die Scheidung Dessen, was in diese und was in das Strafgesetzbuch gehört, mit aller Strenge durchführen will, nicht bloß die hier folgende Verjährung (§. 98.) nach dem Vorgange der jetzigen Crim. O. dorthin gehören würde, sondern auch §. 102. die Bestimmung, daß, wo die Untersuchung und Bestrafung nicht von Amtswegen Statt findet, der Antrag einer hierzu berechtigten Person innerhalb einer gewissen Frist erforderlich sei, was eben so unzweifelhaft eine processuale Regel ist, als die Bestimmung, wonach factische Hindernisse der Vollstreckung einer bereits erkannten Strafe entgegenreten, von denen der Entwurf nur §. 105. den Tod des Verbrechers, nicht die anderen Ursachen, z. B. Geisteskrankheit etc. erwähnt ¹⁹⁶).

Bei der Verjährung verweile ich noch kürzlich, daß der hiervon der Rubrik nach handelnde §. 98. viel-

14 *

195) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissensch. §. 165. des Criminalproc. §. 204 fg. Meine Abhandlung im Archive des Criminalr. 1834. S. 415 fg. Meine Kritik des badischen Entwurfs S. 50. und Th. II. S. 6 fg. und meine Abhandl. in Hinschius's jurist. Wochenschrift für die preuss. Staaten. S. oben Note 100.

196) Mein Lehrbuch der Strafrechtsw. §. 164 fg. 175. Vgl. Temme a. a. O. S. 166 fg.

mehr dem Inhalte nach von Nichtverjährung spricht und Statt der Regel die Ausnahme an die Spitze stellt, ist bereits von Anderen erinnert worden ¹⁹⁷⁾).

Die Bestimmung selbst: „Bei Verbrechen, welche mit Todesstrafe bedroht sind, findet eine Verjährung nicht Statt“ könnte, obschon sie eine große Abweichung von den bisher anerkannten Grundsätzen enthält, allenfalls dadurch einige Rechtfertigung haben, daß jetzt die Todesstrafe auf nur wenige und allgemein für todeswürdig gehaltene Missethaten gesetzt ist, was sich von dem bisherigen preussischen so wenig, als von dem gemeinen Rechte behaupten läßt. Indefs schon dieß darf einigermaßen in Betreff des Entwurfs bezweifelt werden, z. B. für den Fall des §. 438. Allein selbst wenn man jene Voraussetzung zugibt, scheint es doch um so bedenklicher, hier die Verjährung auszuschließen, als die Frage über die Zulässigkeit der Todesstrafe überhaupt zu denen gehört, welche in unserer Zeit keineswegs übereinstimmend beantwortet werden. Die Gründe, welche man gegen die Verjährung der Lebensstrafe anführt ¹⁹⁸⁾, würden sich größten Theils gegen alle und jede Verjährung im Gebiete des Strafrechts geltend machen lassen ¹⁹⁹⁾.

Die Verjährung beruht nicht, wenigstens nicht haupt-

197) Schüler a. a. O. S. 87.

198) Denkschrift S. 14. Motiv zur zwölften Frage. S. dagegen Code pénal du Canton de Vaud. Lausanne 1843. (in Kraft seit dem 18. Febr. 1843) Art. 60 fg. Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 211.

199) Die jetzige Gesetzgebung hat die Verjährung in die Crim. O. aufgenommen, im L. R. II. 20. §. 63. außer der gewährten Hoffnung auf Begnadigung im Falle der Besserung, davon geschwiegen, „damit in einem Buche, welches in die Hände der Volksklassen kommt, durch eine ausdrückliche Auseinandersetzung dieser Materie die Hoffnung der Strafflosigkeit keine Nahrung erhalte und dadurch die abschreckende Wirkung der Strafgesetze geschwächt werden möchte.“ Rescr. vom 26. Febr. 1798. Stengel Beitr. VI. S. 161.

sächlich, auf den gewöhnlich angegebenen Rücksichten des erschwerten, Beweises der vermutheten Besserung, des getilgten Andenkens der That, obschon dieses Letztere der Wahrheit am Nächsten kommt, dafs nämlich die Zeit selbst sich als eine nothwendige Macht und Herrschaft über das Zeitliche und Vergängliche erweise. Jene Rücksichten behaupten sich aber als anzuerkennende Folgen. Wird die Erschwerung des Beweises, in'sbesondere auch in Betreff des objectiven Thatbestandes, in der Regel zu Gunsten des Angeschuldigten wirken, so dafs eine Verurtheilung in die Todesstrafe nicht erfolgen kann, so macht es keinen guten Eindruck auf das Volk und trägt Nichts zur Bevestigung des Vertrauens auf die Rechtspflege bei, wenn nach einer langen Reihe von Jahren eine Untersuchung wider eine Person verhängt wird, die vielleicht in der Zwischenzeit sich tadellos betragen hat und wo das Ergebnifs eine Freisprechung, wenigstens von der Instanz ²⁰⁰), seyn dürfte. Wenn ein Uebel obwaltet, so ist diefs nicht, wie Manche glauben, in dem Institute der Verjährung zu suchen ²⁰¹), sondern in dem Mangel gehöriger Aufmerksamkeit und Wachsamkeit der Sicherheitsbehörden, die der Anzuschuldigende nicht zu büssen hat, — da man ihm doch nicht gerade unter Rechtsnachtheilen zumuthen darf, dafs er diese gegen sich selbst in Thätigkeit setzen solle. Oder wenn es andere Umstände sind, die der Untersuchung entgegentreten, ohne dafs Jemand ein Vorwurf der Säumnifs beigemessen werden kann, so gönne man Dem, der die Qual des Gewissens und das Schuldbewußtseyn eine lange Reihe von Jahren getragen hat, den traurigen Trost, der in der Verschonung mit einer Strafe liegt, welche ohne eine gefühlverletzende, empörende Härte

200) Diese erwähnt §. 95. Nr. 2., woraus man auf deren Beibehaltung in der zu erwartenden Strafprocessordnung schliessen müfste.

201) Die preufs. Stände a. a. O. S. 130. erklären „alle Verjährung an sich für widerrechtlich.“

nicht vollstreckt werden kann. Vergebens rechnet man auf eine psychologische Abschreckung. Das Volk wird eine Vollziehung des nach der längsten Verjährungsfrist gefällten Todesurtheils ganz anders betrachten.

An Demjenigen, welcher ein mit Todesstrafe bedrohtes Verbrechen begangen hat, bewährt sich weder die durch die Drohung beabsichtigte psychologische Abhaltung, noch die Bestärkung derselben durch die Unverjährbarkeit. Wohl aber ist diese geeignet, einen Eindruck entgegengesetzter Art hervorzubringen — und dieß gilt auch von der im Entwurfe ausgesprochenen Unverjährbarkeit bereits erkannter Strafen ²⁰²). Der Schuldige weiß, daß Nichts ihn von der verwirkten Strafe befreien könne, nicht die durch Besserung bekundete thätige Reue, nicht die Rückkehr zu einem geordneten, gesetzmäßigen Verhalten, — er hat — außer dem innern — kein Motiv, sich vor künftigen Uebertretungen zu hüten. Der Verzweiflung Preis gegeben, kann er um so eher zu ferneren Uebelthaten sich verleiten lassen, als ihm für diese Nichts droht, was ihn abzuhalten vermöchte — sie bleiben ihm geradezu straflos, — denn im schlimmsten Falle der Entdeckung steht ihm nichts Härteres bevor, als die bereits verwirkte Todesstrafe; es gibt selbst bei der Concurrenz keine schwerere, als höchstens die ihm ziemlich gleichgiltige Schärfung des §. 9., deren Wegfallen beantragt ist und für deren Beibehaltung wohl nicht Das sprechen kann, was sich gegen die Unverjährbarkeit todeswürdiger Verbrechen einwenden läßt. Dagegen würde sich allerdings eine völlige Strafflosigkeit solcher Uebelthaten nicht rechtfertigen, die für todeswürdig gelten. Das Rechtsgefühl würde sich dadurch nicht minder verletzt finden, als durch die Vollzie-

202) Vergl. Bericht des ersten Ausschusses (der rheinischen Provinzialstände) über die Berathung des Strafgesetzentwurfs und die in demselben vorgeschlagenen Abänderungen S. 10.

lung eines Todesurtheils. Einige neuere Gesetzgebungen ²⁰³⁾ lassen daher die Todesstrafe, aber nicht Strafe überhaupt verjähren; so daß langwierige und factisch meist lebenswierige Freiheitsstrafe eintritt, wenn man berücksichtigt, daß ein schuldiges Individuum nach dem Entwurfe §. 112. vor dem vollendeten sechszehnten Jahre nicht zum Tode verurtheilt werden kann und daß mindestens die jetzt §. 101. Nr. 1. bestimmte längste Frist von zwanzig Jahren abgelaufen seyn muß. Wenn dann allenfalls für die todeswürdigen Verbrechen, gleichfalls nach dem Vorgange anderer Gesetzgebungen und den Anträgen der Stände mehrerer Provinzen, die Frist auf vier- oder fünfundzwanzig Jahre gesetzt würde, so dürften sich alle Bedenken heben und der Gerechtigkeit Genüge geschehen seyn. Selbst die unbedingte Drohung der lebenswierigen Freiheitsstrafe ist nicht zu rechtfertigen und es würde in den meisten Fällen, wie ohne Zweifel jetzt, wenn der §. 98. unverändert beibehalten werden sollte, die königliche Gnade das Mißverhältniß ausgleichen. Die Hoffnung auf diese darf jedoch die Gesetzgebung nicht abhalten, Das auszusprechen, was Recht und Politik fordern, um so mehr, als es aus anderen bekannten Rücksichten nicht räthlich erscheint, auf solche Gnade unter großen Bedingungen eine Erwartung rege zu machen, vollends — wie es bisher, im Widerspruche mit dem Begriffe, wohl vorgekommen ist, eine Zusicherung auszusprechen, aus welcher ein rechtlicher Anspruch abgeleitet werden könnte, der eben so unbegründet, als ohne solchen die Erweckung der Hoffnung tadelnswerth wäre.

Schon das Stillschweigen des Entwurfs über die in dem Code pénal und neueren deutschen Gesetzgebungen

²⁰³⁾ Vergl. meine Kritik des sächsischen Entwurfs S. 41 fg., des badischen S. 82. Motive zum braunschweig'schen Entwurfe S. 57.

vorgeschriebene Verjährung bereits erkannter Strafen würde darauf schliessen lassen, dass dieselbe ausgeschlossen seyn solle. Es ist dies aber auch an einem andern Orte ausdrücklich erklärt ²⁰⁴). Zwar lässt sich ein

204) Publicationspatent-Entwurf §. XV. und Denkschr. S. 15. Motive zur dreizehnten Frage; „Soll die Verjährung erkannter Strafen ausgeschlossen bleiben?“ Wenn es hier heisst, „von den drei Gründen, auf welchen allein die Verjährung der Strafsachen beruhen könne, 1. dass die Ausmittlung der Schuld oder Unschuld durch den Zeitverlauf unmöglich gemacht oder doch sehr erschwert würde, 2. der Zweck einer Abschreckung größten Theils weg falle, wenn die Strafe so spät eintrete, 3. der Verbrecher sich muthmaasslich gebessert habe,“ spräche der erste nur für „die Verjährung der Verbrechen, die beiden letztern auch für die Verjährung der Strafen,“ — und ferner: „es seien von mehreren neuern Gesetzbüchern diese drei Gründe gleichmässig, von dem Entwurfe aber nur der erstgedachte zur Basis genommen und deshalb die Verjährung erkannter Strafen ausgeschlossen worden,“ so ist zunächst der Vordersatz zu bestreiten, dass jene drei Gründe die einzigen seien, wobei, wie oben erinnert, gerade der entscheidende übersehen ist. Ferner verdient es zwar Billigung, dass hier — was von hoher Wichtigkeit ist — ausdrücklich auf den Zweck der Abschreckung verzichtet wird, obschon dieses für die vorliegende Frage untergeordnet erscheint, keineswegs aber, dass nur das erste Motiv zur Basis genommen und bei dem letztern nur auf die Begnadigung hingewiesen wird. So Viel ist richtig, dass für die Würdigung der That an sich der Umstand der Besserung so wenig als das Gegentheil Einfluss hat; — aber nicht so gleichgiltig ist es für die jetzt zu erörternden Fragen über Verjährung der Strafe oder Vollstreckung längst gefällter Erkenntnisse. Zu vermuthen ist übrigens — im concreten Falle gar Nichts, wo die Beweise der Besserung oder des Gegentheils klar vorliegen. Aber „dass bei ernstlicher Reue und Besserung der Fall zur Allerhöchsten Begnadigung angethan sei,“ würde, wenn es praktisch seyn und nicht vermeiden soll, dass der Richter nach Jahren das Erkenntniss vollstrecken lasse, doch mindestens eine Bestimmung erfordern, welche ihn verpflichte, den Fall Behufs weiterer Veranlassung dem Justizministerium anzuzeigen. — Läge übrigens der Grund der Verjährung nur in dem erschwerten Beweise der Schuld, so liesse sich gar nicht absehen, warum alle ältere und neuere Gesetzgebungen verschiedene Verjährungsfristen

Unterschied der einen und andern Art der Verjährung nicht verkennen, namentlich in Betreff der den Hauptgrund aller strafrechtlichen Verjährung unterstützenden Nebenrücksichten. Man könnte anführen, so lange eine Untersuchung noch nicht eingeleitet, eine rechtliche Folge noch nicht ausgesprochen sei, so lange bestehe auch die Bestimmung des materialen Strafrechts über die Nothwendigkeit der Ahndung des Verbrechens als eine nur abstract allgemeine. Erst wenn auf Grund der Untersuchung eine Strafe erkannt sei, trete diese Nothwendigkeit auch für den concreten Fall, dann aber um so mehr ein, als eben diefs die Aufgabe der durch das Verfahren sich bekundenden Rechtspflege sei, in dem gegebenen Falle, wo die Nothwendigkeit erkannt ist, das Gesetz in Thätigkeit zu setzen, d. h. was der Inhalt des Urtheils ist, auch zum Vollzuge zu bringen. Denn was dort nur hypothetisches

und zwar längere für die mit schwerern Strafen, kürzere für die mit geringeren Strafen bedrohten Verbrechen aufstellen, wie diefs auch der Entwurf §. 101. thut. Denn es läfst sich doch nicht behaupten, dafs — abgesehen von der hier nicht durchgreifenden Unterscheidung der s. g. *delicta facti permanentis* und *transeuntis* — irgend ein besonderes Verhältnifs zwischen der Schwere des Verbrechens und der Schwierigkeit der Herstellung des Beweises Statt finde, oder dafs, was hier als rein factisch und zufällig sich in dem besondern Falle erzeugt, auf einer in der Natur eines bestimmten Verbrechens liegenden Nothwendigkeit beruhe. Dagegen hat jene Unterscheidung der Fristen nach dem oben angedeuteten Principe eine sehr gute Bedeutung. Ein minder grosses Vergehen, welches leichter geahndet wird, mag eher unbeachtet bleiben und der Vergessenheit übergeben werden. Je schwerer aber ein Verbrechen ist, je mehr Aufsehen es erregt hat, je dauernder die Erinnerung des Volkes die Begebenheit vesthält, je gröfser überhaupt das Interesse ist, dafs dem Verbrechen die verdiente Ahndung folge, um so länger wird der Endpunct der Verjährung hinauszuschieben und das Recht, zu strafen, geltend zu machen seyn. Dasselbe läfst sich mit geringer Modification auch in Betreff der Verjährung bereits erkannter Strafen anwenden.

Recht ist, das ist hier wirkliches und soll seine Geltung behaupten. Allein man darf doch dieser zweiten formalen Rücksicht, die doch nur auf der ersten beruht und sie zu ihrem Inhalte hat, nicht ein zu grosses und nicht ein grösseres Gewicht beilegen, als der ersten. Dafs der Verurtheilte sich der Strafe nicht entziehe, mufs gehörig vorgesehen werden; es ist diefs jeden Falls leichter auszuführen, als bei der Untersuchung, der sich der Thäter, selbst wenn das Verbrechen bekannt oder ruchbar geworden ist, ja sogar wenn deshalb von dem Untersuchungsgericht Handlungen, die sich auf Herstellung des objectiven Thatbestandes beziehen, vorgenommen worden sind, zu entziehen vermag. Dagegen dürfte ausser dem Falle, wo es möglich ist, eine Contumacialstrafe zu vollstrecken, — (und diefs gilt nicht nur für bereits erkannte Strafen unter dieser Voraussetzung, sondern auch für die Untersuchung, d. h. das Contumacialverfahren, — auch wenn der Thäter vor der wirklich einzuleitenden Untersuchung sich entfernt oder verborgen hat) — die Vollstreckung der erkannten Strafe nach so langer Frist als hier angemessen zu bestimmen seyn wird, Alles das gegen sich haben, was eben bemerkt ist und Alles das für sich, was überhaupt für die Criminalverjährung spricht. Sogar die Flucht des Verbrechers, obschon diese kein Grund seyn kann, ihn zu begünstigen, dürfte nicht gerade berechtigen, ihn von der Wohlthat der Verjährung in der einen Bedeutung, die §. 100. erwähnt, und der andern, die der Entwurf übergeht, auszuschliessen. Nicht einmal die einfache Selbstbefreiung und Flucht aus dem Gefängnisse gilt überall, auch nicht in Preussen, als Verbrechen, und hier ist selbst nicht allgemein vorauszusetzen, dafs die Flucht aus der Haft Statt gefunden habe, da solche nicht in allen Fällen bedingt ist, und was die Vereitelung der Untersuchung anlangt, gewifs am Häufigsten in einer Zeit vorkommt, wo der Thäter sich noch auf freiem Fusse befindet.

Indem ich somit die Verjährung auch für bereits rechtskräftig erkannte Strafen bevorworte, hege ich zugleich den Wunsch, daß der §. 100. wegfallen möge.

Aus §. 99. ersieht man, daß eine Unterbrechung der Verjährung nicht durch jede gerichtliche Handlung ²⁰⁵⁾ in Beziehung auf das Verbrechen, sondern erst dadurch bewirkt wird, daß die Untersuchung eine Richtung gegen die Person, als in den Anschuldigungsstand versetzt, angenommen habe. Die Verjährung tritt ein, „wenn 1. keine amtliche Untersuchung wider den Verbrecher eingeleitet, oder 2. die Fortsetzung der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung aufgegeben oder auf Freisprechung von der Instanz erkannt worden ist“ und in dem Falle unter 1. (das ist keine gute Gesetzessprache —) seit der Verübung des Verbrechens, und in dem Falle unter 2. seit der letzten amtlichen Handlung die im §. 101. bestimmten Zeiträume verflossen sind ²⁰⁶⁾. Dieß ist zu billigen und ist hinreichend, um manchen sonst eintretenden Streitfragen zu begegnen.

205) Der Entwurf sagt in §. 99. zwei Mal „amtliche Handlung,“ was Temme a. a. O. S. 177. und Schüler a. a. O. S. 89. tadeln. Einen Zweifel wird man nicht finden, ob nur gerichtliche oder auch andere Behörden, die ein Untersuchungsrecht haben, gemeint seien, da die von Temme mitgetheilte Aeufserung aus den Protocollen des Staatsraths es erklärt, warum man geglaubt hat, die in den früheren Entwürfen gewählte Bezeichnung: „gerichtliche Handlungen“ verlassen und die der „amtlichen Handlungen“ an deren Stelle setzen zu müssen, wobei man vornehmlich an die Amtsverbrechen gedacht hat. Außerdem würde man — zumal da die Rede ist von Untersuchung gegen die Person, immer gerichtliche Handlungen im engern Sinne — Handlungen des Criminaluntersuchungsgerichts zu verstehen haben. Uebrigens dürfte es zu empfehlen seyn, die frühere Bezeichnung wieder aufzunehmen.

206) Durch diesen Satz wird widerlegt, was Schwarze a. a. O. S. 63. sagt: „Es fehlt an jeder Bestimmung über den Anfangspunct der Verjährung.“ Ebenso heben sich durch die obige Auslegung des §. 99. die Bedenken, die derselbe vorbringt für die Fälle, wo zwar

Man hat bei §. 99. getadelt, daß es heißt: „es werde die Strafbarkeit durch Verjährung aufgehoben,“ während nur die Strafe, nicht die Strafbarkeit aufgehoben werde ²⁰⁷⁾. Allein hier muſs der Entwurf vertheidigt werden. Was durch Verjährung aufgehoben wird, ist allerdings die Strafbarkeit und es ist eine Folge hiervon, das keine Strafe Statt findet. Blicke, unerachtet der Verjährung, die Strafbarkeit bestehen, so wäre nicht abzusehen, warum nicht deren nothwendige Folge, nämlich die Strafe, eintreten sollte: oder, wenn letztere verjährt, so ist es etwas Anderes, — es ist die bereits zuerkannte Strafe, worüber wir eine Bestimmung vermissen und die der Entwurf ausschließt. Die Verjährung aber, von der §. 99 fg. handelt, ist die der Strafbarkeit; die Handlung hört nach dem Ablaufe der §. 101. aufgestellten Fristen unter den gesetzlichen Bedingungen auf, gesetzlich strafbar zu seyn; so das nicht etwa ein Verzicht auf die Verjährung zulässig ist und der Richter jene für strafbar durch ein Urtheil erklären dürfte, wenn der später zur Untersuchung Gezogene, z. B. weil er die Gesetze nicht kennt, sich nicht auf die abgelaufene Verjährungszeit berufen hätte. Vielmehr ist die Verjährung ein von Amtswegen zu berücksichtigender Aufhebungsgrund der Strafbarkeit selbst. Wäre also zur Zeit, wo das Gericht Kenntnis von dem Verbrecher und die Gelegenheit erhält, gegen ihn zu verfahren, der Umstand, das die Verjährung vollendet sei, noch nicht auſser Zweifel, indem, wo die Frist durch die Natur des Verbrechens bestimmt wird (§. 101.), wenigstens so Viel von derselben erörtert werden muſs, als erforderlich ist, um zu entscheiden, welche Kategorie

die Verletzung, aber nicht deren Urheber bekannt geworden sei. Ge-gründet ist, was derselbe über die Zweckmäſsigkeit einer Vorschrift erinnert, das der Rückfall nach Ablauf der bestimmten Fristen die Eigenschaft eines Strafschrfungsgrundes verliere. S. 64.

²⁰⁷⁾ Temme a. a. O. S. 177.

(der Entwurf nennt deren vier)²⁰⁸⁾ eintrete, so wird zwar eine Untersuchung überhaupt nicht so unbedingt ausgeschlossen, wie es dann der Fall seyn muß, wenn der Ablauf der rechten Verjährung völlig unzweifelhaft ist²⁰⁹⁾. Allein eine solche Untersuchung hat sich zunächst auf die Herstellung der Bedingungen der Verjährung zu beschränken, und wenn diese dargethan sind, so ist der Inhalt des Urtheils nicht, daß die fragliche Handlung und beziehungsweise der Thäter strafbar, aber wegen Verjährung mit Strafe zu verschonen sei, sondern daß, wegen eingetretener Verjährung, eine strafbare, weiter durch Untersuchung zu verfolgende und durch Urtheil zu rügende Handlung gar nicht vorhanden sei. Das bedarf keiner Erinnerung, und es gibt dazu auch der Entwurf keine Veranlassung, daß nur die strafrechtlichen und nicht die civilrechtlichen Folgen eines Verbrechens (z. B. die Pflicht zum Schadenersatz) von dieser Verjährung ergriffen werden.

Der §. 100. läßt die Verjährung Dem nicht zu Statuten kommen, der sich der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung durch die Flucht entzogen hat. Durch diese ist die etwa begonnene Verjährung jeden Falls unterbrochen und es müßte eine neue von der letzten gerichtlichen Handlung beginnen, wenn das vorgeschlagene Amendement Beifall fände. Von einer erst einzuleitenden Untersuchung ist hier nicht die Rede; ob aus dem Grunde, weil hier die Flucht unschädlich seyn, also die Verjährung Statt finden soll, — was der oben entwickelten Ansicht entspräche, — oder weil hier der Entwurf nicht genau genug sich ausdrückt? Der §. 100. muß aus §. 99. erklärt und unter der eingeleiteten Untersuchung nicht die bloße Vor- oder

208) Daß es §. 101. Nr. 3. Statt — „bei Verbrechen — deren höchste Strafe in — übersteigt“ heißen müsse: „besteht“ ist wohl schon bemerkt worden.

209) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 174.

General-, sondern diejenige verstanden werden, „welche wider den Verbrecher“ gerichtet ist.

Die bisher erwähnten Gründe, aus denen eine an sich strafbare Handlung nicht geahndet wird, können, sowie der, welchen §. 105. benennt, bei allen Verbrechen ohne Unterschied eintreten. Der aber, dessen §. 102—104. gedenken, Verzeihung des Verletzten oder Unterlassung des Antrags auf Bestrafung des Thäters von Seiten des Verletzten (oder, sollte hinzugesetzt werden, Dessen, der zu dem Strafantrage berechtigt ist, — da dieses nicht stets zusammenfällt) innerhalb dreier Monate von der Möglichkeit des Antrags²¹⁰⁾, ist ein besonderer, welcher nur bei solchen Rechtswidrigkeiten Statt findet, wo ein Verfahren von Amtswegen ausgeschlossen ist. Man könnte daher dieser Lehre, die in allen ihren Bestimmungen processualisch ist, ihre Stelle in der Processordnung anweisen. Was etwa hierher gehört, ist die eigenthümliche Verjährung nicht des Verbrechens, — denn für diese gilt die allgemeine, auf welche §. 102. Bezug nimmt (§. 99—101.), sondern des Klagerechts und folgeweise der Einwand, den der Verklagte daraus entnehmen kann, obschon auch hier der Richter von Amtswegen über die Zulässigkeit des Antrags nach dieser Seite zu entscheiden hat. Dafs die Handlung straflos bleibt, ist eine Folge

210) Schüler a. a. O. S. 90. tadelt die nicht ganz deutliche Fassung des letzten Satzes von §. 102. Die Auslegung, die er darnach für möglich hält, scheint mir allerdings im Sinne des Entwurfs zu liegen, aber auch gerechtfertigt. Nach abgelaufener Verjährungsfrist findet überhaupt kein Antrag auf Bestrafung mehr Statt. Vorher und selbst „wenn die Verjährung eben auf dem Ablaufe steht,“ ist der Antrag zulässig und die dreimonatliche Frist wird so berechnet, wie §. 102. angibt. Eine genauere Fassung ist zu wünschen, aber die von Schüler vorgeschlagene: „Ist bis zur Stellung des Antrags etc.“ läfst sich nicht wohl mit dem Schlusse vereinigen: „so findet auch der Antrag auf Bestrafung nicht mehr Statt.“ Vgl. auch Temme a. a. O. S. 181.

der gar nicht Statt findenden Untersuchung, die von Amtswegen nicht gestattet ist und nun auch wegen der erwähnten Gründe nicht eintreten soll. Man dürfte nur den Satz umkehren und positiv ausdrücken, sie seien strafbar, wenn der Antrag etc. erfolgte, um sich zu überzeugen, daß alsdann diese Bestimmung hier ganz überflüssig wäre.

Die Art und Weise, wie sich nun diese Folge herausstellt, ist entweder die ausdrückliche oder stillschweigende Verzeihung, welche letztere sich auch in der bloßen Nichtanstellung des Antrags auf Untersuchung zu erkennen gibt ²¹¹). Die Gründe sind aber verschieden, indem sie Theils überhaupt in der Verzeihung liegen, wo solche sich wirksam äußern darf, ohne Rücksicht auf besondere, zwischen dem Thäter und dem Verletzten obwaltende persönliche Verhältnisse, Theils durch solche bedingt sind, unter welchen wiederum das häusliche und die Verwandtschaft mit Rücksicht auf gewisse widerrechtliche Handlungen hervorzuheben sind, — wo das Familienprincip und die Sittlichkeit sich in zweifacher Hinsicht geltend macht, entweder zur Schonung des Thäters, z. B. bei dem Familiendiebstahle §. 404. oder der verletzten Person, z. B. bei der Nothzucht ²¹²). Nun kann man zwar im Allgemeinen es bedenklich finden, die Anwendung der Strafgesetze und die Ausübung der Strafjustiz von der Willkür einer (nicht gerade stets nur Privat-) Person abhängig zu machen. Nichtsdestoweniger müssen Ausnahmen anerkannt

²¹¹) So sollte es heißen und nicht „auf Bestrafung“ — denn ob selbst bei veranlafster Untersuchung ein Antrag auf Bestrafung gerechtfertigt sei, hängt in'sbesondere davon ab, ob eine Schuld ausgemittelt wird. Sonst könnte man denken, es dürfte Untersuchung eintreten von Amtswegen und nur die Bestrafung des schuldig Befundenen sei an obige Bedingung geknüpft. Die §§. 103. 104. lösen die Zweifel, indem sie Beides unterscheiden; doch scheint genauere Fassung nöthig.

²¹²) Vergl. überhaupt: §. 187. 284. 331. 361. 336. 364. 365. 366 — 369. 379. 383. 386 — 390. 404. 429. 451. 454. 495. 498. 504.

werden. Die Sitte und das Familienprincip namentlich haben ihr nothwendiges Recht und es gibt eine Grenze, bis zu welcher, aber über die hinaus sie nicht verpflichtet seyn können, sich dem öffentlichen Interesse zu opfern ²¹³).

Der §. 103. „Sind im Falle des §. 102. mehrere Theilnehmer vorhanden, so darf die Untersuchung nur gegen Diejenigen eröffnet werden, auf deren Bestrafung angetragen ist“ — der unzweifelhaft dem Verfahren angehört, wird kaum auf eine Weise angewendet werden können, welche dem Zwecke entspricht, der durch die Abhängigkeit der Anwendung des Strafgesetzes von einem Antrage erreicht werden soll. Man hat hier wohl an den Fall gedacht, wo neben den zu schonenden Familiengliedern noch fremde, die auf Schonung nicht Anspruch haben, ja in deren Person die Handlung einen ganz andern Charakter hat und strafbarer ist, als Theilnehmer (*socii extranei*) concurriren. Der §. 103. sagt dieses zwar nicht und in Verbindung mit §. 102., der ganz allgemein auch auf zu verzeihende Verbrechen Anderer zu beziehen ist, liegt hierin eine allerdings bedenkliche Preisgebung an die Willkür, die dem Einen verzeihen, den Andern bestraft wissen möchte. Bleibt man bei dem vorausgesetzten Falle stehen, so wird es kaum möglich seyn, die ganze Wahrheit in Betreff der Schuld und Dessen, was zur Entschuldigung, überhaupt zum Vertheidigungsbeweise des Fremden gehört, herzustellen, ohne die Untersuchung auf sämmtliche, auch die nach §. 103. auszuschließenden, Theilnehmer zu erstrecken. Diese Schwierigkeit ist nicht zu verkennen, selbst wenn man nicht ein öffentliches Verfahren sich vorstellt. Sogar wenn man, um die Worte und die Vorschrift des §. 103. zu retten, sie in der Weise mit den

²¹³) Was Temme a. a. O. S. 179. erinnert, bedarf, um als richtig anerkannt zu werden, bedeutender Modificationen.

den Forderungen eines gerechten Verfahrens in Uebereinstimmung zu setzen sucht, daß dann die nicht zu bestrafenden Individuen bei der Untersuchung nur überhaupt und nicht in der Eigenschaft von Angeschuldigten vernommen werden sollten, wird die Schwierigkeit nicht beseitigt, welche die Theilbarkeit des Antrags herbeiführt. Ja, wenn man auch zugeben will, daß bei einmal veranlafster Untersuchung in Betreff aller Betheiligten, — wenn diese beantragt ist, — nachher bei der Bestrafung sich nothwendig der Unterschied ergebe zwischen den Mitschuldigen, die der Staat nicht ungestraft lassen darf und Denen, wo sich das Recht der Verzeihung und beziehungsweise der häuslichen Zucht wirksam erzeigt, so wird doch die Inconvenienz nicht gehoben und es dürfte um so mehr Alles auf die Untersuchung selbst mit dem Grundsatz der Untheilbarkeit bezogen werden ²¹⁴). Praktisch dürfte wohl in den meisten Fällen die Absicht der zur Klage Berechtigten entscheiden, die ganze Sache der Oeffentlichkeit zu entziehen, — wo aber Jemand in der ersten Hitze weiter gegangen ist, muß er einer Seits die Folgen sich selbst zuschreiben, anderer Seits dürfte das Recht der Zurücknahme weiter ausgedehnt werden, als §. 104. einräumt. Dieser verordnet:

„Der Antrag auf Bestrafung kann nach förmlicher Eröffnung der Untersuchung nicht wieder zurückgenommen werden. Ausnahmen finden in den Fällen der §§. 187. und 285. Statt.“

Zunächst enthält dieser Satz eine anerkannte Wahrheit des Processes, indem nämlich bei Verbrechen, die von Amtswegen zu rügen sind, wo aber die Untersuchung durch die Anzeige und den Antrag eines Verletzten veranlaßt ist,

²¹⁴) Interessante Mittheilungen aus den Staatsrathsprotocollen s. bei Temme a. a. O. S. 182., vergl. auch Schwarze a. a. O. S. 67 fg.

die Zurücknahme des Antrags ohne Wirkung ist. Davon ist aber hier nicht die Rede. Was heisst aber förmliche Eröffnung der Untersuchung? Wird, wenn der Beantragende seinen in der Aufwallung gerechten Zornes gethnen Schritt bereut, sich die unerbittliche Strenge des Gesetzes gegen alle die Rücksichten behaupten, welche dem §. 102. zu Grunde liegen? Wird die grössere oder geringere Beschleunigung der Sache durch den Untersuchungsrichter, dessen Ueberhäufung mit Geschäften; wird der, oft von besonderen Bedingungen abhängende Umstand, ob die ersten Schritte im Verfahren mehr vorbereitende oder schon solche sind, die demselben den Charakter des Criminalprocesses in der engern Bedeutung verleihen; — wird, mit einem Worte, der Zufall entscheiden dürfen, ob ein solcher Antrag zurückgenommen werden könne oder nicht? Andere Gesetzgebungen bestimmen als Grenze die Publication eines Urtheils²¹⁵⁾, und diefs auch hier anzunehmen, ist wohl um so mehr zu bevorworten, als der Entwurf es selbst in den angeführten §§. 187. 285. thut, deren ersterer noch dazu von einem Falle handelt, wo nicht ein blosses Privatinteresse obwaltet. Mit dem eröffneten Urtheile ergibt sich nicht nur eine veste Zeitgrenze, bis zu deren Eintritte der Klagberechtigte sich hinlänglich besinnen konnte, — und man wird doch nicht, damit das Gericht nicht eine vergebliche Mühe gehabt habe, diese Rücksicht höher stellen, als die andere? — sondern es ist auch jetzt ein öffentliches Recht ausgesprochen, welches der Privatwillkür nicht unterworfen seyn kann.

215) Vergl. württemberg'sches Strafgesetzbuch. Amtliche Ausgabe. Stuttgart 1839. Art. 134—137., wo jedoch verschiedene Termine nach verschiedenen Rücksichten bestimmt sind und die Vorschrift Beachtung verdient: „doch bleibt die Zurücknahme ohne Wirkung, wenn der Angeschuldigte auf Verfolgung der Sache dringt.“ Art. 134. Absatz 2.

Der §. 105. mit der Rubrik: Tod des Verbrechers, entspricht anerkannten Rechtsgrundsätzen. Dafs die Strafbarkeit ²¹⁶⁾ durch den Tod aufhöre, versteht sich von selbst. Dafs die Strafe aufgehoben werde, ist gleichfalls ein nothwendiger Grundsatz und liegt im Begriffe der Strafe, wie sich dann, wenn es sich nicht schon verstände, wenigstens aus diesem §. 105., die Unstatthaftigkeit jeder Vollstreckung am Leichname ergäbe, welche das Landrecht noch kannte und erst spätere Gesetze aufgehoben haben. Auch ergibt sich mit Recht, was über das Wegfallen der Vermögensconfiscation angedeutet ist ²¹⁷⁾. Wenn es heifst: „Doch werden Geldbußen, auf welche bei Lebzeiten des Verbrechers rechtskräftig erkannt worden ist, in den Nachlass desselben vollstreckt,“ so klingt diefs wie eine Ausnahme von obiger Regel. Das „doch“ dürfte wegfallen. Es ist hier, wie allgemein anerkannt wird, eine Schuld, die auf dem Vermögen haftet ²¹⁸⁾, und was jetzt zur Vollziehung kommen muß, hat nicht mehr die Eigenschaft einer Strafe.

Siebenter Abschnitt.

Von der Zumessung, ingleichen von der Milderung und Schärfung der Strafen.

Es läfst sich gegen die Verbindung dieser, nach den jetzigen Begriffen mit Rücksicht auf die Art der Strafdrohung und Satzung verschiedenen Bestimmungen Nichts erinnern, da sie durch ein und dasselbe Princip bedingt sind, nämlich nach dem Grundsätze der Gerechtigkeit (und selbst andere Theorien stellen Aehnliches, nur in nothwendiger Modification, auf) die Strafe in jedem besondern

15 *

²¹⁶⁾ Mein Lehrbuch §. 175.

²¹⁷⁾ Vergl. Entwurf §. 27.

²¹⁸⁾ Mein Lehrbuch a. a. O. und daselbst Note 275.

Falle so zu bemessen, wie sie der Verschuldung entspricht. Diefs ist die Zumessung im Allgemeinen, welche — von dem Falle s. g. absolut bestimmter Gesetze abgesehen — Theils die im engern Sinne ist, wo der Gesetzgeber durch s. g. relativ bestimmte Vorschriften dem Richter einen Theil der Aufgabe überläßt, während er den andern durch Aufstellung der Endpunkte (Maximum und Minimum) selbst und schon mit Rücksicht auf die Forderung der Gerechtigkeit zu lösen gesucht hat — hier machen sich dann die Zumessungsgründe nach dem heutigen Sprachgebrauche als erhöhende und vermindernde geltend, Theils findet dieselbe Function, aber in einer Weise Statt, die zwar selbst gesetzlich, doch als Abweichung von diesem Strafgesetze erscheint, indem jene Forderung es nothwendig machen kann, über das höchste Mafs hinaus oder unter dasselbe hinabzugehen, was man — und auch der Entwurf thut dieses — Schärfung und Milderung nennt. Beide also sind durch dasselbe Princip, eine gerechte Strafe für den besondern Fall auf Grundlage des angenommenen Systems und der gegebenen Voraussetzungen zu ermitteln, geboten; beide bedingen die nämliche geistige Operation und ihr Unterschied wird nur durch das Verhältnifs zu dem anzuwendenden Strafgesetze begründet, indem dort innerhalb des s. g. Strafrechnens die Bemessung erfolgt, hier außerhalb desselben, jedoch so, dafs er den Anhaltspunct bietet ²¹⁹). Es wird diefs nothwendig, weil der Gesetzgeber, wenn er nicht in eine gefährliche Casuistik verfallen will, die Vorstellung, die er von dem Grade der Strafwürdigkeit der besonderen Verbrechenarten nach den hier in Betracht kommenden Grundsätzen hat, nur im Allgemeinen, nicht stets in besonderen Bestimmungen ausdrücken kann. Bei der grofsen Verschiedenheit, mit welcher die verbrecherischen Handlungen und deren Erfolge in die

219) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 140. 146.

Erscheinung treten, wird sich nicht nur die Forderung ergeben, dem richterlichen Ermessen einen gewissen Raum (bei den s. g. relativ bestimmten Gesetzen) zu gestatten, sondern es kann auch unter Umständen das Bedürfnis hervortreten, das für den vorliegenden Fall gar nicht geeignete Gesetz zu verlassen und ein geringeres Strafmafs oder eine niedrigere Strafart zu erkennen. Hierüber ist im Resultate kein Zweifel, eher bei dem andern Falle, der als Schärfung bezeichnet wird. Nur hat man dort über die Art und Weise, wie diefs Resultat herbeigeführt werden soll, verschiedene Ansichten aufgestellt, — bald wollte man dazu (zur Milderung) die Gerichte ermächtigen, welche, indem sie nach allgemeinen und im Gesetzbuche anerkannten Grundsätzen verfahren, sich von Willkür fern halten, — bald glaubte man, es sei diefs — ein Abgehen von dem Gesetze, wie es geschrieben steht — etwas ausserhalb des Richteramtes Liegendes und müsse der landesherrlichen Begnadigung vorbehalten bleiben ²²⁰).

Die Wissenschaft, die bisherige Praxis und im Ganzen auch die neuere Gesetzgebung haben diese Frage entschieden. Wo solche Milderung durch die Gerechtigkeit bedingt ist, kann sie weder dem Inhalte nach, noch ihrer Form nach blofs Gnade seyn. Nicht dem Inhalte nach — denn der Schuldige hat einen Anspruch darauf, dafs seine Handlung gerecht gewürdigt werde; die ihm gewährte Gnade würde aussprechen, dafs er von Rechtswegen eine härtere Ahndung verdient hätte. Nicht der Form nach: Theils aus den eben erwähnten Gründen, Theils weil die Gnade dem freien Entschlusse des Fürsten angehört, also einer Seits nicht eine, von diesem im besondern Falle an-

220) Vergl. die Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für das Königreich Baiern vom J. 1827 und 1831, wo dort die eine, hier die andere Ansicht ausgesprochen ist. S. auch: Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten etc. Th. I. Berlin 1838. S. 320.

zuerkennende, rechtliche Nothwendigkeit seyn kann, was mit ihrem Begriffe und dem Majestätsrechte unvereinbar wäre, anderer Seits folglich auch verweigert werden dürfte, wo dann die Gerechtigkeit sich nicht befriedigt fände. Es muß also die Gesetzgebung selbst, da sie nicht überall genaue, der concreten Gestaltung des Falles angemessene feste Bestimmungen aufzustellen vermag, das Mittel an die Hand geben, — die Grundsätze der Gerechtigkeit zur Geltung zu bringen und so viel als möglich in sich selbst ein vollständiges System für die gerechte Rechtspflege vorlegen. Wohl aber wird auch hier eine Grenze anzuerkennen seyn und es bedarf für die Milderungsgründe, so weit sie nicht schon ihrem Inhalte nach, — nur in anderer Form und unter anderer Voraussetzung — als Momente geringerer Zumessung in Betracht kommen, einer positiven Vorschrift, wie dieß auch umgekehrt für die Schärfung der Fall ist, welche, im Verhältnisse zu dem nicht ausreichenden Gesetze, durch die Gerechtigkeit und Gleichheit gefordert, immer nur Sache des Rechts, nicht einer außerhalb desselben sich äussernden Macht seyn kann, — da hier natürlich von Gnade die Rede nicht ist, die Sitte unserer Zeit aber jeden andern, dem Rechte fremden, Einfluß zurückweist. Solche positive Vorschriften sind in'sbesondere bedingt, wo die Gründe nicht schon aus der Natur der zu beurtheilenden Handlung an sich sich ergeben, aber doch eine Anerkennung fordern, namentlich bei persönlichen Verhältnissen, Jugend etc. — obschon zuletzt doch immer, da die Handlung in ihrer ganzen Eigenthümlichkeit zu würdigen ist, wozu auch die Eigenschaft gehört, welche sie durch die Individualität und durch besondere Umstände erhält, — dieses sich auf jene zurückführen lassen muß. Ueber diese Grenze hinaus, — wo sich ein Mißverhältniß der, selbst nach solcher richterlichen Ermächtigung zuzuerkennenden Strafe, zu der Verwirkung zeigt, ist es allerdings nur die Gnade, welche das höhere Recht mit

dem geschriebenen versöhnen und dessen Strenge beseitigen kann ²²¹).

Diese Grundsätze nun finden im Wesentlichen ihre Anerkennung im Entwurfe. Gegen den Inhalt von §. 106 bis 110. läßt sich nur Wenig erinnern. Das Princip für die Zumessung und die Anwendung desselben ist §. 106. 108. 109. richtig angegeben. Darüber kann man verschiedener Meinung seyn (sowie oben, wo von der Ausschließung der Zurechnung gehandelt ist, §. 78. 79.), ob es nothwendig sei, neben dem Principe §. 106. noch die Gründe, aus welchen die Strafbarkeit des Verbrechens sich erhöhe oder vermindere, besonders anzuführen, wie §. 107. deren dreizehn aufzählt, oder ob die Angabe des Principis genüge. Der Entwurf hat hier mit geringer Ausnahme (z. B. des königlich sächsischen Strafgesetzbuchs) ²²²) das Beispiel der meisten anderen Gesetzgebungen für sich. Entbehrlich mag die Aufzählung seyn, weil das Princip diese und alle Anwendungen enthalten muß und weil die Wissenschaft hier den Richter leitet; doch habe ich schon bemerkt, daß dieses kein Hinderniß sei, auch im Gesetze ihre Ergebnisse auszusprechen. Bedenklich und gefährlich kann es aber nur dann seyn, wenn die Aufzählung entweder erschöpfend seyn sollte oder theilweise unrichtige Sätze enthielte. Jenes ist nach dem Worte „hauptsächlich“ nicht anzunehmen ²²³). Dieses aber vermag nicht ganz in Abrede gestellt zu werden. Darauf, daß die Mehrzahl

221) Treffende Bemerkungen in den Motiven des braunschw. Entwurfs S. 40.

222) Art. 42. Vergl. dazu die Motive, Landtagsacten Abth. I. Bd. I. S. 90. Deputationsbericht der zweiten Kammer S. 48. Gross Commentar S. 119. Commissionsbericht der zweiten Kammer der Landstände des Großh. Baden Nr. 2. S. 23 fg.

223) Aehnlich alle andere Gesetzbücher, z. B. das k. würtemb. Art. 109. 110. „vornehmlich“, der badische Entwurf §. 141. 142. „in'sbesondere“, der großh. hessische ebenso Art. 120.

der angeführten Zumessungsgründe sich nicht in eine solche bestimmte Frage fassen lasse, welche den Geschwornen zur einfachen Bejahung oder Verneinung vorgelegt werden könnte, — woraus von Mehrern gegen den Entwurf Einwendungen entlehnt sind, darf man nicht zu viel Gewicht legen. Allerdings sind einige und die meisten Gründe mehr rechtlicher, als factischer Natur, wo dann die Trennung Dessen, was vor die Beurtheiler der That- und der Rechtsfrage gehört, sich leicht bewerkstelligen liesse, auch ohne dafs sie nothwendig im Gesetze mehr äufserlich bezeichnet würde. Wo aber, wie es freilich selbst bei den meisten der Fall ist, — mit Ausnahme von Nr. 4. 5. und etwa 13. — der Milderungsgrund mehr beiderlei Eigenschaft vereinigt, schon Nr. 2. 3. 11., auch ebenfalls 13., wo das Factische vorherrscht, während bei den übrigen dieses in geringem Grade erscheint, da mufs man zwar die Schwierigkeit zugeben, allein daraus würde nur folgen, dafs eben das Geschwornen-Institut nicht geeignet sei, allen Anforderungen der Gerechtigkeit zu genügen. Keineswegs folgt aber daraus, dafs auf den wesentlichen Inhalt wegen der Form des Verfahrens verzichtet werden dürfe und müsse ²²⁴). Nur theilweise hilft, da der Code pénal solche Gründe nicht aufstellt, die später durch die französische Gesetzgebung ausgesprochene Ermächtigung der Jury, im Allgemeinen das Daseyn mildernder Umstände (*circonstances atténuantes*) zu erklären ²²⁵). Auch

224) Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 259.

225) In Genf dürfen ausserdem auch *circonstances très-atténuantes* als vorhanden angegeben werden, nach dem Gesetzesentwurfe vom J. 1843 über die Organisation der Jury. S. die vorhergehende Note. Vergl. Lagarmite über das französische Gesetz vom 28. April 1832., Reformen in der Criminalgesetzgebung betreffend, in der Zeitschrift für R. W. des Auslandes Bd. IV. S. 428 fg. Mittermaier im Archive des Crim. R. Bd. XIII, S. 319. Dessen Strafverfahren Th. II. §. 196.

ist nicht zu übersehen, daß in der Sache selbst, und dieß gilt allgemein, für die Zumessung, wie für die eigentliche Milderung dadurch Nichts geändert werde, ob einzelne Gründe angeführt oder im besondern Falle, zu Folge des Princip, abgeleitet werden; denn daß sie doch überhaupt gerechter Weise berücksichtigt und nicht bei Seite gesetzt werden, ist doch auch die Absicht der Gesetzgebungen, welche die Aufzählung vermeiden, sowie der Kritiker, welche dieselben, wie sie der Entwurf enthält, tadeln. Wollte man diese (beispielsweise) Angabe in §. 107. weglassen, so müßte in §. 106. das Princip bestimmter gefaßt, es könnte, so wie es jetzt formal aufgestellt ist, „der Richter hat die Strafart nach den Umständen zu bestimmen, durch welche sich die Strafbarkeit des Verbrechers erhöht oder vermindert,“ nicht ausreichen, oder es würde auch dieß für entbehrlich gelten. Bekanntlich heben einige Theorieen mehr den subjectiven Gesichtspunct der Rechtswidrigkeit des Willens, der Bösartigkeit etc. (je nachdem diese in höherem oder geringerem Grade ersichtlich sind), andere mehr den objectiven des Schadens, der Gefährlichkeit etc. hervor, während der Grundsatz der Gerechtigkeit, den im Wesentlichen auch hier schon die C. C. C. anerkennt, es gebietet, beide Rücksichten — und um so mehr — vereint in Berechnung zu bringen, als sie häufig zusammenfallen ²²⁶). Daß dieses wahrhafte Princip auch im Entwurfe seine Bestätigung finden solle, ergibt sich aus dem Inhalte des §. 107. (wie aus den besonderen Strafbestimmungen) ²²⁷), aber es ist hier nicht ausgesprochen. Andere Gesetzgebungen haben ausdrücklich erklärt, daß „der Richter Theils auf die Beschaffenheit der zu bestrafenden Handlung an sich, Theils auf die GröÙe der Rechtswidrigkeit

²²⁶) Mein Lehrbuch §. 141.

²²⁷) z. B. §. 208. 272. 292. 428.

des Willens Rücksicht zu nehmen habe" und nach beiden Rücksichten die Momente angeben, welche als erhöhend oder mindernd in Betracht kommen, auch diese — was zu billigen ist, wenn einmal die wichtigsten Anwendungen angegeben werden sollen — gehörig gesondert ²²⁸). Unser Entwurf hat aber nicht nur den wesentlichen Inhalt des Grundsatzes nicht angegeben, was ich vermisse, was aber dann um so mehr die specialere Aufzählung bedingt, sondern auch bei letzterer ohne Unterscheidung die Gründe der objectiven und subjectiven, bald sich erhöhenden, bald vermindernden Strafbarkeit aufgeführt, dabei aber nicht stets die entsprechende Form beobachtet, wodurch Fehler entstanden oder doch mögliche Mißverständnisse nicht vermieden sind, worauf mit Recht aufmerksam gemacht worden ist ²²⁹).

Es müßte also, und dieß wird selbst bei der besondern Aufzählung nicht überflüssig, das Princip genau festgestellt und damit der Gefahr begegnet werden, daß der Richter — dessen wissenschaftliche Ueberzeugung ihn auf eine andere Theorie, z. B. der Abschreckung, führte — dieser nicht einen Einfluß gegen die wahrhaften Grundsätze gestatte, da auch die hier angeführten einzelnen Gründe in der Art, wie ihre Angabe Statt findet, diese Möglichkeit nicht entfernen. Es ist der Inhalt dieses Abschnittes von der größten praktischen Wichtigkeit — er kann geradezu für die Anwendung als der Mittelpunkt bezeichnet werden, von welchem aus alles Andere sich bestimmt. Uebrigens kann dem Entwurfe hier mit Grund weder der Vorwurf gemacht werden, daß er das richterliche Ermessen zu sehr beschränke, noch daß er demselben einen zu weiten Raum gestatte.

²²⁸) Würtemb. Strafgesezgebung Art. 107 — 113. Badischer Entwurf §. 140 fg.

²²⁹) Vergl. §. 107. N. 8. Schüler a. a. O. S. 95.

Auch ein anderer Vorwurf erledigt sich, daß nämlich von diesen angegebenen Gründen zum Theil einer schon in dem andern enthalten sei, z. B. Nr. 1. und 2. „je nachdem durch seine That mehr oder weniger Rechte verletzt wurden — die Verletzung einen höhern oder niedern Grad erreicht hatte“ und Nr. 6. „mehr oder weniger Pflichten für den Verbrecher vorhanden waren, die That zu unterlassen.“ Es ist richtig, daß der letzte Grund den ersten in sich begreift ²³⁰⁾ — dieß gilt aber überhaupt, in sofern die grössere subjective Strafbarkeit auch durch die objective Seite bestimmt wird und umgekehrt, und bestätigt meine früher ausgesprochene Ansicht. Allein das Gesetz darf und muß diese beiden Seiten trennen; die Pflichten, die abhalten sollten (und schon eine einzige wäre genügend und diese kann dringender, innerlich bedeutender seyn, als mehrere andere, was der Entwurf übergeht), sind doch noch etwas Anderes, als der äussere, nicht überall gewollte, vielleicht nur culpos herbeigeführte Erfolg, z. B. N. 2., und wenn der Thäter um desto mehr Pflicht hatte, das Verbrechen zu unterlassen, je mehr Recht er durch seine Thaten verletzte (sofern er dieß wußte), so ist doch nicht stets das Umgekehrte richtig, daß er um so mehr Rechte verletze, je mehr Pflichten er individual hatte, welche ihn abhalten konnten und sollten. Nur das ist richtig, daß bei der nothwendigen Auffassung der Handlung, als der Einheit aller dieser Momente, der gewissenhafte und verständige Richter deren gegenseitige Beziehungen und deren Ineinandergreifen nicht außer Acht lassen werde, wenn ihm auch eine solche Anweisung, wie §. 107. und in'sbesondere §. 108. 109. ertheilen, nicht im Gesetze geboten würde. Alles dieses bestätigt aber, was ich über die Nothwendigkeit bemerkt habe, mit Entschiedenheit auszusprechen, daß der Grund-

230) Temme a. a. O. S. 187.

satz der Gerechtigkeit und keine diesem fremde Rücksicht der leitende für den Richter seyn solle.

Was noch endlich die einzelnen der angeführten dreizehn Gründe anlangt, so dürfte die Fassung Manches zu wünschen übrig lassen ²³¹⁾. Der letzte: „je nachdem er das Verbrechen in der Untersuchung geleugnet oder dasselbe eingestanden hat: in'sbesondere ist zu berücksichtigen, wenn das Geständniss vor der Ueberführung freiwillig abgelegt worden ist,“ würde allerdings aus dem allgemeinen Principe nicht folgen, da er demselben vielmehr widerspricht. Er hat mit der gerechten Zumessung Nichts zu thun und wird, wenn er gelten soll, — ohne positive Vorschrift nicht in Betracht kommen dürfen. Aber ob eine solche rathsam sei, muß bezweifelt werden. Die nach ihrem Werthe zu beurtheilende Handlung verliert Nichts an ihrer Strafbarkeit, weil sie bald eingestanden ist, — sie wird an sich nicht strafbarer, weil sie geleugnet ist. Die Politik mag es rathen, das freiwillige Geständniss zu begünstigen, zu belohnen, — das ist Gnade, nicht Recht, — aber nicht in allen Fällen ist hierauf Gewicht zu legen. Ja, es könnte dieß nicht selten sehr gefährlich seyn. Ich habe indessen die ganze Lehre von dem s. g. Lohne des freiwilligen Geständnisses ²³²⁾ geprüft und nachgewiesen, wie weit überhaupt — in Verbindung mit unserer Beweistheorie — hierauf Rücksicht zu nehmen sei und

231) z. B. §. 107. Nr. 9. „mehr oder minder böartigem Antriebe.“ Zu Nr. 4. ist von mehreren Seiten beantragt worden, auch der Dienst- und Amtslocale obrigkeitlicher Behörden zu gedenken, allein nicht nur sagt der §. 107. gleich Anfangs „hauptsächlich,“ sondern auch Nr. 4. „an befriedeten Orten in'sbesondere,“ so daß hier wohl das richterliche Ermessen, die gehörige Rücksicht zu nehmen, nirgends gehindert wird.

232) Historisch-praktische Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens. Dritte Abhandl. S. 205 fg. Meine angef. Abhandl. in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. Band III. Heft IV. S. 411 fg. 427 fg.

darf über die hiermit in Verbindung stehenden Fragen um so mehr mich auf jene Ausführung beziehen, als ich finde, daß auch andere Beurtheiler dieselbe billigen²³³). Wohl muß die sittliche Bedeutung des freiwilligen Bekenntnisses erkannt werden und es ist unhaltbar, was dagegen von Seiten Derer eingewandt wird, die unserem Verfahren einen besondern Vorwurf daraus machen, daß es vornehmlich die Herbeiführung eines Geständnisses bezwecke, was, als Thatsache in dieser Allgemeinheit behauptet, eben so unrichtig, wie in Betreff der daraus gezogenen Folgerungen ist²³⁴). Aber einen Milderungsgrund gibt es an sich nicht ab und es scheint zweckmäßiger, es bei den einzelnen Fällen zu erwähnen, wo es diese Wirkung haben könne, z. B. in Verbindung mit §. 114., ferner bei Verbrechen, die von mehreren Theilnehmern verübt sind und wo sich an der baldigen Entdeckung, wegen der von dem Staate oder Anderen abzuwendenden Gefahren oder ferneren Nachtheilen des Verbrechens, ein besonderes Interesse erzeugt, wie diess schon von jeher anerkannt worden ist. Sollte endlich diese Bestimmung beibehalten werden, so scheint es rathsam, sie von den übrigen Zumessungsgründen in §. 107. zu sondern und ihrer in einem eignen §. zu gedenken.

Daß der §. 109. seine Bedeutung nur in Beziehung auf §. 107. habe und mit diesem stehe oder falle, indem er hauptsächlich dem möglichen Mißverständnisse begegne, als sollen an die Stelle der Gesamtauffassung der Handlung als Einheit alle besonderen, ihren strafbaren Charakter erhöhenden oder vermindernenden Momente — ein

²³³) Temme a. a. O. S. 187. 194 fg. Schüler a. a. O. S. 95.

²³⁴) Meine Abhandl. im Archive des Criminalr. 1834. S. 115. und meine Beiträge zur Strafproceßgesetzgebung S. 180 fg. Bauer Abhandl. aus dem Strafrechte etc. III. Bd. S. 54 und 62. Dagegen G. Duden der preuß. Entwurf etc. Bonn 1843. S. 199.

arithmetisches und mechanisches Zählen und Berechnen treten, ist bereits treffend erinnert worden ²³⁵).

Der §. 110. hat ganz entgegengesetzte Beurtheilungen erfahren. Er bestimmt: „Läßt das Gesetz zwischen Zuchthausstrafe und Strafarbeit (Vestungsstrafe) die Wahl, so tritt die erstere ein, wenn der Verbrecher durch die That eine völlige Verleugnung des Ehrgefühls oder einen hohen Grad von Bosheit zu erkennen gegeben hat.“ Es ist erklärt worden, er müsse nothwendig wegfallen, weil nicht das subjective Urtheil des Richters, sondern das Gesetz selbst bestimmen müsse, welche Verbrechen mit der entehrenden Strafe des Zuchthauses, oder nicht, zu bestrafen seien, — indem dieses (das Gesetz) unter diesem Gesichtspuncte die Verbrecher aufzusuchen habe, welche ihrer Art nach eine völlige Verleugnung des Ehrgefühls oder einen solchen Grad von Bosheit, die dieser Verleugnung gleichgesetzt werden muß, an den Tag legen ²³⁶). Dieß ist eben so richtig, als die Bemerkung, daß dadurch dem Richter Mehr eingeräumt werde, als eine bloße Zumessung der Strafe nach der Strafwürdigkeit der That. Allein nicht richtig ist es: „daß man ihn dadurch geradehin über das Recht stellt,“ schon darum nicht, weil ja der Richter durch das Gesetz diese Ermächtigung erhält und weil er bei der Wahl alternativ gedrohter Strafen nicht über das Gesetz geht, sondern nach demselben entscheidet und nur durch die ihm hier gebotene Rücksicht — die allerdings nicht bestimmt genug gefaßt ist — geleitet werden soll. Was die Befugniss selbst betrifft, die von Zumessung verschieden, aber eben so nothwendig ist, als für gewisse Fälle die alternative Drohung durch die Gerechtigkeit bedingt erscheint, so könnte

²³⁵) S. besonders Schüler a. a. O. S. 96., auch Temme S. 189.

²³⁶) Temme a. a. O. S. 189.

dieselbe nur dann in Zweifel gezogen werden, wenn es der Gesetzgebung möglich wäre, alle die Verbrechen, die in jene Kategorie fallen, bestimmt anzugeben. Diefs würde aber voraussetzen, daß eben alle Verbrechen entweder zu der einen oder andern Classe nach jenem Gesichtspuncte ausschliessend gehörten. Wo dieses sich gerechter Weise bestimmen läßt, da muß allerdings das Gesetz in besonderen Vorschriften genau verordnen, daß dort die entehrende Strafe des Zuchthauses, hier die andere eintreten solle, und wenn da eine Wahl gestattet würde, so könnte eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze besorgt werden. Diesem hat aber der Entwurf, wie früher gezeigt, möglichst vorgebeugt. Es ist aber zu bedenken, daß jener Unterschied auch bei denselben Verbrechen, vermöge der Motive und der Begehungsart, eintreten könne und daß deshalb die Nothwendigkeit alternativer Drohung sich ergebe, wo dann ein für alle Mal in §. 110. dem Richter das zur Pflicht gemacht wird, was sonst bei jedem Verbrechen, wo jener Unterschied vorkommen kann, wiederholt werden müßte und zu einer unnützen Weitläufigkeit und Casuistik führen würde, indem stets die Momente namhaft gemacht werden müßten, welche die eine und welche die andere Strafart fordern. Weder eine schärfere Trennung von Verbrechen und Vergehen wird hier ganz helfen, noch der Vorschlag, die §§. 106—110. in der vorgeschlagenen kürzern Fassung zusammenzuziehen, wobei sogar dennoch dem Richter dieselbe, ihm so eben streitig gemachte, Befugniss eingeräumt wird.

Ganz entgegengesetzt ist eine andere Auffassung des §. 110., von dem es heißt, „daß man dessen Principe vollen Beifall zollen müsse“²³⁷⁾. Ich kann nicht umhin, mich derselben anzuschließen und finde die Bestimmung

237) Schüler a. a. O. S. 96 fg.

des §. 110. völlig gerechtfertigt, wie ich mich auch stets gegen das beliebte gänzliche Losreißen des Rechts von der Moral erklärt habe und am Wenigsten im Strafrechte die Forderung aufgestellt werden darf, daß der Richter bei der Würdigung der Handlung die Gesinnung unbeachtet lassen solle. Auch ist wohl nicht zu zweifeln, daß, was hier nur für die Wahl zwischen Zuchthaus und Arbeitsstrafe verordnet ist, seine analoge Anwendung auch bei den anderen Fällen einer Wahl unter verschiedenen Strafarten finde, wenn man überhaupt von Analogie hier sprechen darf, wo die Bestimmung unmittelbar aus einem höhern Principe abgeleitet werden kann.

Die eigentlichen Milderungsgründe werden in nicht ganz richtiger Folge §. 111—117. angeführt. Einzelnes, was ich hier zu erinnern hätte, z. B. über die hier nothwendige Erstreckung der Altersstufe, mit welcher die Möglichkeit voller Strafe eintreten soll, von sechszehn auf achtzehn Jahre, wenn in §. 79. Statt des zwölften das vierzehnte Jahr beliebt würde, über die Ausschließung der §. 113. bestimmten körperlichen Züchtigung, über die Reue, den Befehl zur Verübung der That²³⁸⁾, über äußere Gewalt oder Drohungen habe ich Theils oben ausgeführt, Theils bei anderer Gelegenheit berührt. Im Allgemeinen muß ich mich den höchst beachtenswerthen Ausführungen in den erwähnten Kritiken anschließen²³⁹⁾.

Daß eine Bestimmung über die s. g. verminderte Zurechnung vermisst werde, ist von mehreren Seiten erinnert worden²⁴⁰⁾.

Nach

238) In §. 115. ist durch Druckfehler in beiden Ausgaben des Entwurfs auf §. 55. Statt §. 58. verwiesen.

239) Temme a. a. O. S. 191 fg. Schüler S. 98 fg.

240) Temme S. 200. Schüler S. 101. Schwarze S. 74. Mittermaier a. a. O. Th. II. S. 131 fg.

Nach §. 117. soll bei Verbrechen, „im Auslande von Ausländern verübt, die Strafe mit Rücksicht auf das am Orte der That geltende Strafgesetz gemildert werden können, wenn das Verbrechen nicht gegen den preussischen Staat und nicht gegen einen preussischen Unterthanen verübt worden ist.“ Vorausgesetzt, daß überhaupt die Strafgewalt so weit ausgedehnt werden dürfe, wie hier geschieht, so würde diese Bestimmung gleich bei §. 2. ihren Platz erhalten müssen. Von Milderung ist hier nicht die Rede, sondern von der Frage, welches Gesetz angewendet werden müsse (nicht bloß könne, wodurch Alles der Willkür anheimgestellt wird). Einer Seits ist die Ausschließung der strengern Strafe des Inlandes, dessen Gesetze hier nicht übertreten sind, um so mehr gerechtfertigt, je zweifelhafter überhaupt das Recht, hier zu strafen, erscheint; anderer Seits bekundet sich eben dadurch das Bedenkliche dieser Vorschrift.

Als Schärfungsgründe werden §. 118—126. das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und der Rückfall erwähnt ²⁴¹). Folgerichtig würde nach denselben Principien, welche die Milderung gebieten, auch noch in andern Fällen eine Schärfung bedingt seyn können; allein es ist zu billigen, daß der Entwurf dieß nicht thut; obschon neuere Gesetzgebungen, welche es erkennen, daß das gewöhnliche Strafmaß im besondern Falle nicht das gerechte sei, schärfende Zusätze gestatten ²⁴²). Die Gesetzgebungspolitik rath hier zu Beschränkungen. Man darf annehmen, daß das Maximum der Strafe im Allgemeinen ausreiche: und während für die Milderung erhebliche Gründe sprechen, so wird das Recht der Schärfung jetzt immer mehr bezweifelt. Man kann sagen, die neuere Ge-

²⁴¹) Vergl. den angef. badischen Commissionsbericht Nr. 3. S. 1 fg. und überhaupt über eine weitere Ausdehnung des österreich. G. B. §. 48. 49. 441. Kittka im Archive des Criminalr. 1836. S. 645.

²⁴²) Vergl. würtemb. Strafgesetzbuch Art. 112.

setzung erkenne es kaum mehr an. Denn auch im Entwurfe besteht es, genau genommen, nicht in dem Sinne, wie es gemeinrechtlich anerkannt wird, wo bei einer für sich zu beurtheilenden Handlung über das Strafgesetz hinausgegangen wird. Bei dem Rückfalle, der allenfalls hierher gerechnet wird, ist es der Natur nach zunächst höhere Strafzumessung, die nur, wo diese nicht ausreicht, wo die Strafart oder das Maximum überschritten werden muß, sich als Schärfung erzeugt, während die Concurrenz von Verbrechen zunächst gar keine veränderte Beurtheilung veranlaßt; dann aber, wenn die Rede von der Vollziehung mehrerer gleichzeitig zuzuerkennender Strafen ist, aus bekannten, auch im Entwurfe bestätigten Gründen wegen der Unmöglichkeit oder Unstatthaftigkeit dieser Vollstreckung allerdings eine Abweichung eintritt, die jedoch, wenn man die rechtlich verdienten Ahndungen berücksichtigt, im Gegentheile eine Milderung und ein theilweiser Nachlaß ist und nur in Ansehung der einen, jetzt zur Grundlage genommenen, Strafe eine Schärfung als Ersatz für die übrigen, nicht zur Vollstreckung gelangenden, seyn soll. Diefs ist also, genau genommen, keine Schärfung, da ja nicht die Handlung einer solchen unterworfen und strenger beurtheilt wird. Im Systeme muß daher auch diese Lehre eine andere Stelle erhalten ²⁴³).

Der Entwurf bedient sich auch des Ausdrucks Schärfung nirgends in §. 118—122. Bei dem fortgesetzten Verbrechen — (dessen Definition hier, wo es auf Entfernung von Streitfragen ankommt, nicht fehlen sollte) soll „nur eine Steigerung der Strafe bei deren Zu-

²⁴³) Der badische Entwurf widmet der Bestrafung zusammenfassender Verbrechen und des Rückfalls zwei besondere Titel (VII. und VIII.), getrennt von der Lehre der Strafzumessung und der Anwendung der bestimmten und unbestimmten Strafgesetze. Vergl. auch mein Lehrbuch §. 159—162.

messung" §. 118. und bei der s. g. idealen Concurrenz nur die Strafe des schwersten Verbrechens angewandt, bei deren Zumessung aber das Zusammentreffen der mehrern Verbrechen berücksichtigt werden, §. 119. (In beiden Fällen wird auf §. 106 — 109. verwiesen.) Gegen die Fassung ist Manches zu erinnern. Von mehrern Verbrechen und den schwersten darf gar nicht unbedingt in dem Falle des §. 119. gesprochen werden. Erst §. 120. handelt von eigentlicher Concurrenz „mehrerer Handlungen, durch welche mehrere für sich bestehende Verbrechen verübt sind." Hier ist zunächst der richtige Grundsatz aufgestellt, daß auf sämtliche dadurch verwirkte Strafen zu erkennen sei ²⁴⁴). Dann wird sofort der Ueber-

16 *

²⁴⁴) So beachtenswerth Das ist, was Temme a. a. O. S. 200 fg. bemerkt, so glaube ich doch — abgesehen von anderen Einwendungen, die zu begründen hier nicht der Ort ist, — den Entwurf gegen einige hier vorgebrachte Erinnerungen in Schutz nehmen zu müssen. Wenn §. 120. das in §. 119. aufgestellte Princip: *poena major absorbet minorem*, verwirft, und nicht auf die bloße Strafzumessung sich beruft, so rechtfertigt sich dieß dadurch, daß von einem wesentlich verschiedenen Falle, von eigentlicher Concurrenz mehrerer zusammentreffender, für sich selbstständiger Verbrechen, die Rede ist, wogegen §. 118. 119. Fälle voraussetzen, wo entweder, wie bei der Fortsetzung, die mehrern Handlungen nur ein Verbrechen ausmachen, oder, wie bei der s. g. idealen Concurrenz, nur eine Handlung vorliegt, die nach den verschiedenen, bei ihr eintretenden Gesichtspuncten unter mehrere Strafgesetze gestellt werden kann, wobei nur die Fassung des §. 119. zu tadeln ist. Daß der §. 120. unverständlich sei und die Worte keinen richtigen Sinn geben, finde ich nicht, obschon die Fassung auch hier besser seyn könnte. Wenn Temme S. 205. ein Beispiel aussinnt, wonach „auf 60 Jahre Zuchthaus" oder „gar auf hundert und mehr Jahre" erkannt werden müßte, so widerspricht dieß der von dem Entwurfe selbst (§. 121.) in Bezug genommenen Bestimmung des §. 20., dem zu Folge keine zeitige Freiheitsstrafe die Dauer von fünf und zwanzig Jahren übersteigen soll. Allerdings vermißt man hier die unerläßliche Vorschrift, daß dann, wenn nach §. 121. Nr. 2. „bei Strafen gleicher

gang zu Beantwortung der Frage gemacht, mit der sich auch §. 121. 122. beschäftigen, wie bei dem Zusammentreffen mehrerer Strafen zu verfahren sei. — Man sieht, daß nirgends eine Schärfung eintritt.

Eigentliche Schärfung tritt ein bei dem Rückfalle (§. 123—126.), außer wenn ein bereits zur lebenswierigen Freiheitsstrafe verurtheilter Verbrecher von Neuem ein mit Freiheitsstrafe bedrohtes Verbrechen verübt, wo ihm, wie es auch nicht anders möglich ist, da ein Aufsteigen zur Todesstrafe nicht gerechtfertigt und nicht zulässig erscheint, das Verbrechen an sich straflos bleibt. Denn die „nach der Hausordnung der Strafanstalt gestatteten Strafmittel“ sind in der Regel hier kein Aequivalent. Da übrigens auch die Strafarbeit auf Lebensdauer erkannt werden darf, so würde sich, wenigstens wo die Beschaffenheit des neuen Verbrechens das Zuchthaus bedingt, an die Stelle des hier (§. 126.) getroffenen Auswegs der andere empfehlen, den Verbrecher nunmehr zum Zuchthause zu verurtheilen, sofern die neue Verwirkung nicht mit einer verhältnißmäßig kurz

Art in der Regel auf deren Gesamtdauer zu erkennen ist, zur nächst höhern Strafart und also bei Zuchthaus zum lebenswierigen übergegangen werden soll, und dieß bestätigt wieder, was ich für die Nothwendigkeit beigebracht habe, diese letztere Strafart als eine eigenthümliche und specifisch von den anderen verschiedene besonders hervorzuheben. Ueberhaupt scheint man sich nicht alle die in dieser Lehre vorkommenden Combinationen deutlich vorgetellt zu haben. Dieß gilt besonders von §. 132., über welchen Temme a. a. O. S. 209 fg. eine ausführlichere Erörterung gibt und wobei er mit anerkennendem praktischem Blicke eine Reihe von Fällen unterscheidet, auf die der §. 122. entweder gar nicht paßt oder nur auf sehr bedenkliche Weise angewendet werden kann. — Das Proceßgesetzbuch müßte hier jeden Falls nähere Vorschriften über die Eigenthümlichkeit eines combinirenden Erkenntnisses nach dem früheren, ohne Voraussetzung eines Rechtsmittels, aufstellen.“ Alles, was er hier anführt, scheint mir der höchsten Beachtung würdig zu seyn. — Vgl. auch Schwarze S. 77.

dauernden Zuchthausstrafe zu ahnden wäre, wobei ich mich auf Das beziehe, was ich über das zu niedrige Minimum von einem Jahre bemerkt habe. Dafs übrigens nach §. 126. der zu Bestrafende nicht mehr vom Richter, sondern von der Verwaltungsbehörde sein eigentliches Urtheil empfängt, welcher „die nähere Bestimmung zu überlassen ist,“ muß auch ich ²⁴⁵⁾ für sehr bedenklich halten und dem frühern Rechte (Cab. Ordre vom 20. Juni 1835) den Vorzug geben. Näheres läßt sich ohne Kenntniss der Einrichtungen der Strafanstalten nicht bemerken.

Was die übrigen Bestimmungen über den Rückfall anlangt, wobei der Entwurf, gleich den anderen neueren Gesetzgebungen, ebenso die durchaus verwerflichen Extreme des Code pénal vermeidet, wie die Strenge des baier. Strafgesetzbuches, — so bleibt nur Folgendes zu erinnern. Gleichartigkeit der Verbrechen (§. 124.) ist mit Recht die Voraussetzung ²⁴⁶⁾, es soll aber nach §. 123. dann der Rückfall angenommen und auf Schärfung (nicht blofs höhere Strafzumessung) erkannt werden, wenn auch nur wegen des frühern Verbrechens „Jemand im In- oder Auslande rechtskräftig verurtheilt worden.“ Diefs ist, wie ich schon früher gezeigt habe ²⁴⁷⁾, ungerechtfertigt,

²⁴⁵⁾ S. Temme a. a. O. S. 210. u. Schüler S. 112. Schwarze S. 80. Vergl. noch überhaupt über den Zusammenfluß der Verbrechen und den Rückfall Bauer Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse. II. Bd. Göttingen 1842. Nr. I. u. II. und die daselbst S. 94 fg. 164. aufgestellten Versuche eines Entwurfs gesetzlicher Bestimmungen.

²⁴⁶⁾ Vergl. hier besonders den badischen Entwurf §. 158 fg. und meine Kritik desselben S. 49 fg.

²⁴⁷⁾ Im Archive des Criminalr. J. 1834. S. 432., woselbst ich mehrere einschlagende Fragen erörtert habe. Meiner Ansicht sind bei der Kritik des gegenwärtigen Entwurfs beigetreten Schwarze a. a. O. S. 77. Schüler S. 110. und der Verfasser der Bemerkungen etc. Heidelberg 1843. S. 109. Was dagegen Temme a. a. O. S. 114. beibringt, ist unhaltbar und in den gedachten Schriften widerlegt.

und es müßte vielmehr die ganze oder theilweise Vollziehung der höhern Strafe gefordert werden, wie dieß mit Recht mehrere neuere Gesetzgebungen verordnet haben ²⁴⁸). Die Worte: „Diese Verschärfung darf aber — das höchste gesetzliche Strafmaß des zuletzt begangenen Verbrechens nicht um die mehr als die Hälfte und niemals die in §. 20. bestimmte Dauer übersteigen“ lassen Zweifel, ob das letzte von mehreren zuvor begangenen Verbrechen oder das eben jetzt zu beurtheilende zu verstehen sei ²⁴⁹). Letzteres ist wohl der Sinn des besser zu fassenden Satzes. Dieß ergibt zunächst die Natur der Sache, wenn ein Verbrechen bestraft und jetzt das zweite zu ahnden ist; ferner aber der Grundsatz der Gerechtigkeit, der doch hier nicht aufgegeben werden soll, wonach die jetzt zu ahndende Handlung den Maßstab für die Beurtheilung darbietet, welche nur als Rückfall eine strengere Gegenwirkung fordert. Der Unterschied ist augenfällig, wenn man sich denkt, daß die frühere Verübung eine schwerere, der Schuldige Urheber war, sie vollendet hatte, die spätere aber eine leichtere, der Schuldige nur Gehilfe, oder die That nur versucht war (§. 125.) und daß dann der Maßstab nach der frühern, nicht der jetzigen Handlung entnommen werden sollte. Die Worte: „es soll alsdann die sonst verwirkte Strafe jeder

Schwerlich wird man ihm beistimmen können, wenn er meint, die Verurtheilung enthalte eine grössere Warnung, als die Vollstreckung, zumal wenn man bei Einrichtung der Strafanstalten von dem Besserungssysteme ausgeht. Vergl. noch die Denkschrift S. 39.

²⁴⁸) Die jetzige baier'sche von 1813 und der Entwurf von 1831 die k. sächsische, hessische, sachsen-weimar'sche, wo jedoch der erlittenen Bestrafung hier die Vereitelung der Vollziehung durch die Flucht nach Eröffnung des Urtheils gleichgesetzt wird. Vergl. Bericht der Deputation der zweiten k. sächsischen Kammer etc. S. 58. und Gross Commentar S. 123. Motive zum braunschweig'schen Entw. S. 81.

²⁴⁹) Schwarze a. a. O. S. 78.

Zeit verschärft werden," drücken zwar bestimmt aus, daß die Grundlage die Strafe des nun zu beurtheilenden Verbrechens sei, allein der Nachsatz, der die Weise der Schärfung angibt, hebt für sich nicht den möglichen Zweifel.

Ueber die im Auslande gefällten und vollzogenen Urtheile als Grundlage des Rückfalls beziehe ich mich gleichfalls auf eine, den Entwurf hier theilweise unterstützende, Abhandlung ²⁵⁰).

Darauf, daß seit der Verübung des frühern Verbrechens die Verjährung abgelaufen sei, nimmt der Entwurf keine Rücksicht. Diefs könnte folgerichtig seyn, wenn das Urtheil nicht vollstreckt wurde, weil der Entwurf eine Verjährung zuerkannter Strafen nicht kennt. Allein so wie ich mich dagegen erklärt habe, so muß um so mehr, wenn durch die wirklich erlittene Strafe das Verbrechen rechtlich getilgt und nun auch noch die sonst dafür geltende Verjährung abgelaufen ist, eine Bestimmung gewünscht werden, wie sie neuere Gesetzgebungen enthalten ²⁵¹).

250) S. das Note 247. angef. Archiv S. 422. und meine Kritik des badischen Entwurfs S. 50. Andere Gesetzgebungen nennen nur inländische Urtheile oder fügen, wie die badische, welche eine Prüfung der fremden Urtheile vorschreibt, Modificationen hinzu. Unbedingt den §. 123. des Entwurfs zur Ausführung zu bringen, erscheint nicht gerechtfertigt, wenn z. B. die im Auslande bestrafte Handlung in Preussen kein Verbrechen ist. Treffende Bemerkungen hierüber enthält die Note 274. angeführte Schrift S. 110. Vergl. auch den angef. badischen Commissionsbericht Nr. 3. S. 14.

251) Würtemb. Strafgesetzbuch Art. 126. Badischer Entw. §. 176. und Motive S. 87. vergl. mit meiner Kritik des sächsischen Entw. S. 44.

Zweiter Titel.***Von Polizeivergehen.***

Die Aufnahme dieses Titels ist bedingt durch die policeilichen Strafbestimmungen, welche der Entwurf den eigentlichen Strafgesetzen über Verbrechen etc. beifügt. Wenn aber nicht das Gebiet des Strafrechts zu weit ausgedehnt und damit aufser anderen Uebelständen auch der einer falschen und keineswegs gleichgiltigen Vorstellung bei dem Volke hervorgebracht werden soll, so dürfte sich empfehlen, nach dem Vorgange anderer Gesetzgebungen ²⁵¹), einen besondern Policeicodex zu veröffentlichen. Diefs ist auch von mehreren Seiten beantragt worden.

Wie wenig man auch geneigt seyn möge, die Uebertretungen policeilicher Vorschriften leicht zu nehmen, da vielmehr diese letzteren auf einer anzuerkennenden Nothwendigkeit beruhen und der erforderliche Ernst sich auch bei deren Behandlung bekunden mufs, und wie sehr zu wünschen ist, dafs jede, selbst die geringere, Strafe durch den Richter (welche Benennung auch das Amt erhalten möge) nach rechtlichen Grundsätzen erkannt werde, so wird doch Theils der Gegensatz solcher Frevel zu den eigentlichen Verbrechen nicht in Abrede gestellt werden können, Theils allen diesen Forderungen auch genügt und dabei ein gröfserer Vorthail erreicht werden, wenn ein eigner, von dem Criminalgesetzbuche getrennter, Policeicodex besteht. Welcher Contrast eines peinlich zu ahndenden Verbrechens und einer vielleicht fahrlässigen Uebertretung einer policeilichen

²⁵²) S. besonders: Das Policeistrafgesetz für das Königreich Württemberg vom 2. Oct. 1839, in Wirksamkeit seit dem 24. Oct. 1839. Dasselbe enthält 108 Artikel mit Einschluss der Bestimmungen über die Zuständigkeit der Behörden (Art. 89 fg.). Vergl. dazu die Erläuterungen von Dr. Hermann Knapp. Stuttgart und Tübingen 1840 und die Beleuchtung von Mohl im Beilageheft zum Archive des Criminalr. J. 1840. Motive zu dem Entwurfe eines Criminalgesetzbuchs für das Herzogthum Braunschweig. S. 10 fg.

Vorschrift (§. 134.), in'sbesondere wenn man hinzunimmt, daß der Entwurf (§. 127.) als Policeivergehen (Contraventionen) nicht nur solche Handlungen und Unterlassungen bezeichnet, welche Gesetze (also namentlich die im Entwurfe selbst enthaltenen), sondern auch, welche „besondere obrigkeitliche Verordnungen“ (also auch und vornehmlich der Verwaltungsbehörden) dafür erklären. So spricht auch §. 128. von „policeilichen Gesetzen, Vorschriften und Anordnungen,“ wobei nach §. 132. „zur policeilichen Strafbarkeit einer Handlung deren Verbot genügt und die ausdrückliche Androhung einer Strafe nicht erforderlich ist.“ Ja, man sieht aus §. 133., daß darunter nicht bloß ein Verbot bei Strafe im Allgemeinen, nur „ohne nähere Bestimmung des Strafmaßes“ zu verstehen sei, sondern auch „ein Verbot ohne alle Erwähnung einer Strafe,“ indem hier nur eine Grenze für die zuzuerkennende Ahndung angeordnet wird. Wie ungemein unbestimmt und ausgedehnt wird dadurch das Gebiet Dessen, was nach dem Entwurfe in solcher Weise strafbar seyn soll! Zu welchen Conflicten kann dieß führen, wenn Gerichte auf solcher Grundlage verfahren und strafen sollen, die dabei von Rechtsgrundsätzen, auf welche sie §. 140. verweist, ausgehen und nicht selten ein ganz anderes Ergebniss begründen werden, als welches im Interesse der Policei liegt. So wenig Das, was seiner Natur nach dem Rechtsgebiete angehört, diesem — auch rücksichtlich der Competenz der Behörden — entzogen werden darf, so wenig liegt es in dem Richteramte, die policeilichen Functionen auch hinsichtlich solcher unbedeutender Uebertretungen zu üben und ein Verfahren einzuleiten, welches entweder als strafrechtliches hier unangemessen seyn wird oder, als im Sinne unserer Zeit policeiliches, nicht mit dem Wesen des Strafrichteramts in Uebereinstimmung steht ²⁵³).

²⁵³) So heisst es z. B. §. 401.: „Weibspersonen, welche den policeilichen Anordnungen zur Verhütung der gewerbsmäßigen oder

Näheres läßt sich erst, wenn die Grundsätze des Processes bekannt gemacht seyn werden, hierüber bemerken. Ohne Zweifel darf man der allgemeinen Einführung eigentlicher Policegerichte entgegensehen. Aber aus Dem, was der Entwurf hier sagt (§. 123. 132. 133.), muß man schließen, daß auch die gewöhnlichen Policebehörden hier zuständig seyn sollen, was einer Seits bedenklich, anderer Seits für die Fälle, wo dieß Statt findet — und sie sind im Entwurfe nicht gesondert — um so mehr dafür spricht, diese Uebertretungen förmlich aus dem eigentlichen Gebiete des Criminalen auszuschließen. Im Zweifel wird stets angenommen, daß eine Strafsache auch strafrechtlich behandelt werde; wo aber nahe liegende Rücksichten es empfehlen, die Policeiübertretungen mit Ausschließung der Strafjustizbehörden zu rügen, da dürfte — um jedes Bedenken zu heben — die Berufung auf rechtliches Gehör und Vertheidigung in der Recurs-Instanz gestattet werden ²⁵⁴).

Der Antrag auf einen Policeicodex und entsprechendes strafpoliceiliches Verfahren soll also natürlich nicht die Forderung aufstellen, das Gebiet der Policei hier über Gebühr und auf Kosten individualer Sicherheit zu erweitern, sondern nur es schärfer, auf der einen Seite gegen das Criminale, auf der andern gegen das rein Policeiliche, zu begrenzen.

Zu den einzelnen Bestimmungen bemerke ich noch:

öffentlichen Unzucht zuwiderhandeln, sind von der Policeibehörde, ohne Zulassung eines gerichtlichen Verfahrens, mit Gefängniß bis zu sechs Wochen zu bestrafen." Dieß gibt zu manchen Bedenken Anlaß und bestätigt die Incongruenz der in den Entwurf aufgenommenen materialen Bestimmungen mit denen des Verfahrens.

254) Wie Heffter in dem Aufsatze: „Votum über die Policeigerichtsbarkeit in Strafsachen" (Archiv des Criminalr. 1843. Heft I. S. 134.) treffend bemerkt: „mit Beseitigung des bloß für wahre Policeisachen giltigen Satzes: in Policeisachen gilt keine Appellation."

Die §. 130. 131. für zulässig erklärte körperliche Züchtigung dürfte aus den früher angeführten Gründen um so mehr wegfallen, als, wenn sie jetzt schon bei schweren Verbrechen nur in grosser Beschränkung gestattet seyn soll, bei den geringern sie noch weniger Rechtfertigung und Alles gegen sich hat, was von so vielen Seiten bereits gegen diese Mafsregel geltend gemacht worden ist ²⁵⁵). Der §. 131. will sie zwar auch beschränken. Allein da sie aufser „den Fällen eines groben öffentlichen Unfugs“ auch zulässig ist „in denjenigen, in welchen sie durch allgemeine oder besondere Verordnungen ausdrücklich gestattet ist,“ so scheint sie einer weitem Ausdehnung fähig zu seyn, da eben diese hiermit bestätigten bisherigen Verordnungen sie nicht selten anordnen: noch mehr würde diess gelten, wenn darunter auch ferner zu erlassende Strafverbote der Policei verstanden werden sollten, was nach dem Entwurfe um so mehr anzunehmen ist, als sich das Gebiet des Policeilichen seiner Natur nach nicht so abschliessen läfst und hier nicht eine Beschränkung auf solche Verordnungen gemeint seyn kann, die bei Einführung des Strafgesetzbuchs bereits in Kraft sind.

Beachtenswerth scheint dagegen der Vorschlag der schlesischen Provinzialstände, angemessene Zwangsarbeit unter die Strafmittel aufzunehmen.

Wenn nach §. 133. die bereits erwähnte grofse Ausdehnung des Gebiets policeilicher Strafbarkeit Statt finden soll, so wird hier mindestens da eine Unkenntnifs des blofsen Verbotes zur Entschuldigung gereichen und §. 5. pr. nicht anzuwenden seyn, wo die Handlung nicht eine solche

255) Das Note 251. angef. Policeistrafgesetz gestattet sie nur wegen Bettelns der Kinder unter vierzehn Jahren, während das Strafgesetzbuch sie noch in einigen andern Fällen zuläfst. Unser Entwurf will sie aber doch nur zu den gelinderen Strafen rechnen. Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 187.

ist, deren Verwerflichkeit schon an sich durch das Gefühl des Rechts und der Sitte erkannt zu werden vermag. Denn gerade hier tritt bei der meist positiven und statutarischen Beschaffenheit der örtlichen Policeivorschriften ein nicht zu verkennender Gegensatz zu den eigentlichen Verbrechen und Vergehen hervor.

Der §. 137.: „Ist ein Policeivergehen auf Befehl Desjenigen, welchem der Uebertreter im Allgemeinen zu gehorchen verpflichtet war, verübt worden, so bleibt dem Ermessen der Behörde überlassen, in wiefern der Uebertreter zu bestrafen ist oder nicht,“ enthält entweder eine ganz überflüssige Bestimmung, wenn die Worte: „bleibt dem Ermessen überlassen“ so Viel heißen sollen: „die Behörde hat nach allgemeinen, auch im Entwurfe §. 92. 115. anerkannten, Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen, ob der Untergebene und wie weit er strafbar sei,“ indem höchstens angedeutet wird, daß es hier weniger streng genommen werden soll, worauf der Schlusssatz hinweist, auf den ich sogleich zurückkommen werde; oder es wird hier eine nicht statthafte Freiheit eingeräumt. Ueberhaupt aber ist der §. 137. nicht scharf genug gefasst. Der Sinn ist und sollte auch entsprechend ausgedrückt werden: Ist durch eine Handlung (oder Unterlassung) auf Befehl — eine Uebertretung einer policeilichen Strafvorschrift erfolgt, so etc.²⁵⁶). Denn wenn der Befehl auf Verübung eines Policeivergehens ginge und sonst die Bedingungen der Strafbarkeit des Gehorchenden vorhanden sind, so ist die Sache so einfach, daß eine besondere Bestimmung nicht erforderlich erscheint.

Weiter heißt es: „Dagegen wird der Befehlende stets mit der vollen Strafe des Policeivergehens belegt.“ Dieser Satz ist entbehrlich, wenn er nur sagen soll, was §. 63. Nr. 2. verfügt, oder ungerechtfertigt, wenn damit ein Gegensatz zu der etwaigen geringern Strafe des Untergebenen (§. 134.) bestimmt werden soll, daß den Befehl-

²⁵⁶) Vergl. z. B. §. 345. 349. Allerdings sind die Fälle sehr verschieden und dieß muß auch in Betreff Dessen berücksichtigt werden, was ich zu diesem Titel sonst bemerkt habe, namentlich der Verjährung. Während die eben angeführten Beispiele (zu schnelles Reiten oder Fahren, — Unterlassung des Gebrauchs eines Geläutes am Schlitten) leichtere und schnell vorübergehende Fälle, ohne Schaden, bezeichnen, so sind z. B. die §§. 333 fg. 337 fg. 344 fg. 401. schon gefährlicher und enthalten mehr eine unmittelbare Beziehung auf Rechtsverletzungen.

lenden stets das zulässige Maximum (§. 130. Nr. 2. 3.) treffen müsse. Das Wort „vollen“ dürfte zu streichen seyn. Und sollte nicht auch dem Befehlenden, vollends wenn er ein Fremder ist (§. 128.), unter Umständen Entschuldigungsgründe zu Statten kommen? Es dürfte also auch das Wort „stets“ wegfallen, da es auch bei den anderen Strafsatzungen nicht wohl gebraucht wird. Vielmehr ist es ein ohne Ausnahme geltender Grundsatz, der entweder nicht erst bei den besonderen Anwendungen auszusprechen ist, — oder dessen Aufnahme hier die Meinung einer eigenthümlichen Bestimmung erwecken könnte, daß der Schuld die verdiente Strafe folge, aber ob diese verdient und jene vorhanden sei, erst gehörig festgestellt werden müsse.

„Die Verjährungsfrist für Policeivergehen ist sechs Monate“ (§. 138.). Es ist von verschiedenen Seiten eine kürzere, namentlich dreimonatliche Frist beantragt worden ²⁵⁷). Dafür möchte ich noch die Analogie von §. 102. geltend machen, da doch in der Regel eine Denunciation Statt finden wird. Für Fälle gemeingefährlicher Art könnte ausnahmsweise jene längere Frist beibehalten werden. Oft wird eine spätere Untersuchung ganz wirkungslos und im Mißverhältnisse zu der meist unbedeutenden Uebertretung seyn. Wenn nicht auf der Stelle solche Vergehen zur Cognition der Behörden gelangen, so werden sie meist ganz unbeachtet bleiben und so dürfte sich auch — mit Vorbehalt jener Ausnahme — ein besonderes praktisches Interesse an eine ausgedehntere Frist nicht knüpfen. Beifall scheint mir auch der Vorschlag zu verdienen, für die eingeleitete (aber nicht zu Ende geführte) Untersuchung und für die Vollstreckung des rechtskräftigen Erkenntnisses eine angemessene Verjährungsfrist zu bestimmen ²⁵⁸).

257) Namentlich den brandenburger und den preuss. Provinzialständen. Letztere (Denkschrift S. 133.) beantragen bei Vergehen wider die Polizei-Anordnungen, wenn die Strafe in Geldbusse bis fünf Thaler einschliesslich, oder in vierwöchentlichem Gefängnisse besteht, eine achttägige, bei höheren Strafen eine Frist von drei Monaten. Dieses scheint sich zu rechtfertigen, nicht aber Jenes, da Theils eine zu grosse Kluft zwischen beiden Extremen ist, Theils nicht leicht eine Verjährungsfrist so kurz bestimmt werden kann, daß sie unter das Mafs der Strafe fällt, vollends hier nur ein Viertel der Dauer derselben betrüge.

258) Temme a. a. O. S. 209., welcher „ein Jahr“ vorschlägt; übrigens anerkennt, daß diese Bestimmung Modificationen unterwor-

Zu billigen ist es, daß nach §. 139. der Rückfall (wobei hier ohne Zweifel die Vollziehung der früheren Strafe, oder was mit dieser gleiche rechtliche Wirkung hat, zu verstehen ist) in der Regel nur als Zumessungsgrund zu berücksichtigen ist. Schon die Herstellung der erforderlichen Voraussetzungen wird hier oft schwierig und auch die darauf zu wendende Bemühung — wenn etwa eine andere Behörde zuständig ist, als die, welche zuerst verurtheilt hat — nicht im Verhältnisse zu der geringern Wichtigkeit der Sache stehen.

Auch Das mag für eine rechtliche Behandlung der Vergehen dieser Art bürgen, daß, so weit nicht §. 127 fg. etwas Anderes bestimmt worden, die Vorschriften des ersten Titels auch auf jene Anwendung finden, §. 140.

fen seyn werde, je nach dem Verfahren, welches für Policeivergehen künftig vorgeschrieben werden wird.

Folgende Druckfehler wolle der geneigte Leser mit der Entfernung des Verfassers von dem Druckorte entschuldigen und berichtigen:

- S. 4. Z. 14. v. O. Statt Sagens l. Seyns.
 - S. 20. Z. 3. v. U. St. Grebel l. Goebel.
 - S. 20. Z. 16. v. O. ist „nur“ zu streichen.
 - S. 34. Z. 1. v. O. St. Erwähnung l. Erreichung.
 - S. 38. Z. 10. v. O. St. praktischen l. poetischen.
 - S. 52. Z. 13. v. O. St. scheinen l. schiene.
 - S. 76. Z. 19. v. O. nach „praktische“ setze man „Folgen.“
 - S. 81. Z. 1. v. O. St. enthalte l. enthalten.
 - S. 82. Z. 6. v. U. u. S. 119. Z. 7. v. U. St. Schwarz l. Schwarze.
 - S. 133. Z. 21. v. O. St. von l. vor.
 - S. 136. Z. 8. v. O. nach „und“ setze man „nicht.“
 - S. 142. Z. 8. v. U. St. darnach l. dennoch.
 - S. 144. Z. 7. v. O. ist nach dem Worte „vorkommen“ ein Komma zu setzen und das nach „möge“ zu streichen.
 - S. 144. Z. 8. v. O. St. umfasse l. umfassen.
 - S. 144. Z. 11. v. O. St. seien l. seyn.
 - S. 165. Z. 10. v. O., S. 175. Z. 10. v. O. und S. 228. Z. 11. v. U. St. Strafrechnens l. Strafrahmens.
 - S. 189. Z. 2. v. U. St. jeder Zurechnungsfehler l. jede Zurechnung fehlen.
 - S. 211. Z. 9. v. U. nach „kürzlich“ ein Punct (.) zu setzen.
 - S. 232. Z. 14. v. O. St. ebenfalls St. allenfalls.
-

Abegg, Julius Friedrich Heinrich

Kritische Betrachtungen über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die
Preussischen Staaten vom Jahre 1843

Bd.: 1

Neustadt an der Orla (1844)

Crim. 1 ba-1/2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10393580-9